

Wolfgang Portmann,

Individualarbeitsrecht

Zürich 2000

INHALTSÜBERSICHT

1. KAPITEL: DIE ENTSTEHUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISES	2
§ 1. Der Arbeitsvertrag im Allgemeinen	2
I. Der Begriff des Arbeitsvertrags	2
II. Die Abgrenzung des Arbeitsvertrags von anderen Rechtsbeziehungen	2
III. Die Rechtsnatur des Arbeitsvertrags	2
IV. Die Parteien des Arbeitsvertrags	2
V. Das arbeitsvertragliche Normengefüge	2
VI. Der Arbeitsvertrag im internationalen Privatrecht	2
§ 2. Das Zustandekommen des Arbeitsvertrags	2
I. Das Zustandekommen durch Austausch übereinstimmender Willenserklärungen	2
II. Das Zustandekommen durch Gesetzesvorschrift	2
§ 3. Die Gültigkeit des Arbeitsvertrags	2
I. Die Handlungsfähigkeit der Parteien	2
II. Die Form	2
III. Der Inhalt	2
IV. Übervorteilung und Willensmängel	2
§ 4. Vorvertragliche Rechtsverhältnisse	2
I. Das Vertragsverhandlungsverhältnis	2
II. Abschlussgebote und –verbote	2
2. KAPITEL: DIE WIRKUNGEN DES ARBEITSVERHÄLTNISES	2
§ 5. Die Arbeitspflicht	2
I. Der Begriff der Arbeitspflicht	2
II. Die Arbeitspflicht in persönlicher Hinsicht	2
III. Die Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht	2
IV. Die Arbeitspflicht in örtlicher Hinsicht	2
V. Die Arbeitspflicht in gegenständlicher Hinsicht	2
VI. Die Arbeitspflicht in qualitativer Hinsicht: Art. 321a Abs. 2 OR	2
VII. Das Entfallen der Arbeitspflicht	2
VIII. Die Verletzung der Arbeitspflicht	2
§ 6. Die Lohnzahlungspflicht	2
I. Der Begriff der Lohnzahlungspflicht	2
II. Die Quellen der Lohnbestimmung	2
III. Die Lohngleichheit von Frau und Mann	2
IV. Erscheinungsformen des Lohns	2
V. Lohnabzüge	2
VI. Die Lohnzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung	2
VII. Die Ausrichtung und Sicherung des Lohns	2
VIII. Die Verletzung der Lohnzahlungspflicht	2
§ 7. Die Treuepflicht	2
I. Der Begriff der Treuepflicht	2
II. Die allgemeine Treuepflicht	2
III. Die Pflicht zur sorgfältigen Behandlung der Produktionsmittel: Art. 321a Abs. 2 OR	2
IV. Die Pflicht zur Unterlassung von Schwarzarbeit: Art. 321a Abs. 3 OR	2
V. Die Geheimhaltungspflicht	2
VI. Die Rechenschaftspflicht: Art. 321b Abs. 1 OR	2
VII. Die Herausgabepflicht: Art. 321b OR	2
VIII. Die Verletzung der Treuepflicht	2
§ 8. Die Fürsorgepflicht	2
I. Der Begriff der Fürsorgepflicht	2
II. Die Pflicht zum allgemeinen Persönlichkeitsschutz	2
III. Die Pflicht zum Datenschutz	2
IV. Die Pflicht zur Gleichstellung der Geschlechter	2
V. Die Pflicht zur Gewährung von Freizeit, Ferien und Urlaub	2

VI. Die Pflicht zum Vermögensschutz	2
VII. Die Pflicht zur Ausstellung eines Zeugnisses	2
VIII. Die Verletzung der Fürsorgepflicht	2
§ 9. Das Weisungsrecht	2
I. Das Weisungsrecht im Allgemeinen	2
II. Die Gestalt der Weisungen	2
III. Der Inhalt der Weisungen	2
IV. Schranken des Weisungsrechts	2
V. Die Befolgungspflicht	2
VI. Sonderfragen	2
§ 10. Weitere Wirkungen des Arbeitsverhältnisses	2
I. Das Recht am Arbeitsergebnis	2
II. Der Übergang einzelner Rechte und des gesamten Arbeitsverhältnisses	2
III. Verzicht, Verjährung und Verwirkung	2
IV. Vorbehalt und zivilrechtliche Wirkungen des öffentlichen Rechts	2
V. Die Zivilrechtspflege	2
3. KAPITEL: DIE BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISES	2
§ 11. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Allgemeinen	2
I. Die Beendigungsarten	2
II. Die Beendigungsfolgen	2
§ 12. Die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses	2
I. Begriff, Wirksamkeit und Zulässigkeit	2
II. Die Begründungspflicht	2
III. Kündigungsfristen und -termine	2
IV. Die missbräuchliche Kündigung	2
V. Die Kündigung zur Unzeit	2
VI. Die Kündigung unter Verstoss gegen das Gleichstellungsgebot	2
VII. Die Massenentlassung	2
§ 13. Die ausserordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses	2
I. Begriff, Wirksamkeit und Zulässigkeit	2
II. Die Begründungspflicht	2
III. Der wichtige Grund	2
IV. Die gerechtfertigte ausserordentliche Kündigung	2
V. Die ungerechtfertigte ausserordentliche Kündigung	2
4. KAPITEL: BESONDERE ARBEITSVERHÄLTNISSSE	2
§ 14. Arbeitsverhältnisse mit besonderem Zweck	2
I. Der Lehrvertrag	2
II. Sonstige Arbeitsverträge mit Ausbildungszweck	2
§ 15. Arbeitsverhältnisse mit besonderem Arbeitsort	2
I. Der Handelsreisendenvertrag	2
II. Der Heimarbeitsvertrag	2
III. Der Heuervertrag	2
§ 16. Arbeitsverhältnisse mit besonderer Arbeitszeit	2
I. Allgemeines	2
II. Die Teilzeitarbeit	2
III. Das Job Sharing	2
IV. Die Arbeit auf Abruf	2
§ 17. Arbeitsverhältnisse mit mehreren Beteiligten	2
I. Das gestufte Arbeitsverhältnis	2
II. Das Gruppenarbeitsverhältnis	2
III. Der Personalverleih	2

1. KAPITEL: DIE ENTSTEHUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSSES

§ 1. Der Arbeitsvertrag im Allgemeinen

I. Der Begriff des Arbeitsvertrags

1. LEGALDEFINITION

Arbeitsvertrag:

- Einzelarbeitsvertrag (Individualarbeitsrecht, Art. 319 ff. OR)
- Gesamtarbeitsvertrag (GAV, Art. 356 ff. OR)
- Normalarbeitsvertrag (NAV, Art. 359 ff. OR)

Legaldefinition in Art. 319 Abs. 1 OR.

2. BEGRIFFSMERKMALE

a) Leistung von Arbeit

- Jede planmässige körperliche oder geistige Tätigkeit zur Befriedigung eines Bedürfnisses
- Geschuldet ist nur der Einsatz von Arbeitskraft, nicht ein Arbeitserfolg.

b) Arbeitsleistung auf Zeit

Arbeitsobligation erlischt i.d.R. durch Kündigung oder Zeitablauf, nicht aber durch Erfüllung.

- Arbeitsleistung auf bestimmte (befristeter AV) oder unbestimmte Zeit (unbefristeter AV)
- ≠ Arbeitszeit: Dauer des Arbeitseinsatzes z.B. pro Tag.

c) Entrichtung eines Lohnes

Entscheidend ist nur die Entgeltlichkeit:

- Geldlohn und Naturallohn
- Zeitlohn, Leistungslohn und Erfolgsvergütungen
- Grundlohn und Zulagen.

d) Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation

Kriterien:

- Umfassende Weisungs- und Kontrollbefugnisse (→ Art. 321d OR)
- Sonstige Gestaltungselemente des konkreten Rechtsverhältnisses (z.B. vorgeschriebene Arbeitszeiten, Ausrüstung, Ferien, untergeordnete Arbeit, Konkurrenzverbot, Durchlauf einer Probezeit).

II. Die Abgrenzung des Arbeitsvertrags von anderen Rechtsbeziehungen

1. EINFACHER AUFTRAG

Nicht zwingend auf Zeit, nicht zwingend entgeltlich, und v.a. selbstständige Organisation der Tätigkeit.

2. AGENTURVERTRAG

Besondere Art des Auftrags (§ Handelsreisender, Art. 347 OR!); auch hier entscheidend: Kriterium der Eingliederung. Auch AN-ähnliche Personen (Franchise-Nehmer, Mitarbeiter von Pressenunternehmungen,...).

3. WERKVERTRAG

Arbeitserfolg, selbstständige Bestimmung über den Einsatz der Produktionsmittel (also auch hier keine Eingliederung).

4. GESELLSCHAFTSVERTRAG

Ges.: Interessengemeinschaft, Gleichberechtigung zu den anderen Vertragspartnern. AV: Interessengegensatzvertrag.

5. GESCHÄFTSBESORGUNGSVERTRAG ZWISCHEN ORGAN UND JURISTISCHER PERSON

Innominatkontrakt mit organschaftlicher und schuldrechtlicher Komponente.

6. FAMILIENRECHTLICHE RECHTSVERHÄLTNISSE

Arbeitsleistungen nach Art. 163 Abs. 1 und evtl. Art. 165 Abs. 1, nach Art. 334 Abs. 1 ZGB oder nach AV (Art. 319 Abs. 1 oder Art. 320 Abs. 2 OR).

7. ÖFFENTLICH-RECHTLICHES DIENSTVERHÄLTNIS

Art. 342 Abs. 1 lit. a OR. Soweit nach anwendbarem öff. Recht zulässig können öff.-rechtliche Körperschaften / Anstalten mit ihrem Personal privatrechtliche AV abschliessen → unmittelbare Anwendung von Art. 319 ff. OR. Verweis / Lücke im öff. Recht → mittelbare Anwendung. Abweichungen des öff. Dienstverhältnisses:

- Begründung: i.d.R. durch mitwirkungsbedürftige Verfügung (Hoheitsakt) oder öff.-rechtlichen Vertrag
- Inhalt: besondere Dienste und Treuepflicht (Beschränkungen von Freiheitsrechten), Disziplinalgewalt, Rechtsschutz (im Allgemeinen: Sonderstatusverhältnis)
- Auflösung: Altersgrenze, Ablauf der Amtsdauer ohne Wiederwahl, disziplinarische Entlassung. Z.B. Magistratspersonen, Beamte (auf Amtsdauer gewählt), Angestellte (nicht auf Amtsdauer gewählt).

III. Die Rechtsnatur des Arbeitsvertrags

Gesetzlich geregelter (Nominat-), synallagmatischer (vollkommen zweiseitiger) Dauerschuldvertrag (Verpflichtungsgeschäft) mit personenbezogenen Elementen (Nebenpflichten wie Treue- und Fürsorgepflicht).

IV. Die Parteien des Arbeitsvertrags

- Arbeitnehmer (AN): natürliche Person mit Arbeitsleistungspflicht, Lohnanspruch, Treuepflicht und Weisungsgebundenheit
- Arbeitgeber (AG): natürliche oder juristische Person mit Arbeitsleistungsanspruch, Lohnpflicht, Weisungsrecht und Fürsorgepflicht.

V. Das arbeitsvertragliche Normengefüge

1. EIGENART

Komplex verschiedenartiger Normen, die zueinander in einem bestimmten hierarchischen Verhältnis stehen.

2. BESTANDTEILE

a) Zwingende Gesetzesvorschriften

Im Privatrecht: Art. 361 Abs. 1 (beidseitig zwingend), Art. 362 Abs. 1 OR (einseitig zwingend: Abweichung nur zugunsten des AN).

b) Normative Bestimmungen von Gesamtarbeitsverträgen

Vorschriften über Abschluss, Inhalt oder Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse, die von AG oder deren Verbänden und AN-Verbänden gemeinsam aufgestellt wurden (Art. 356 Abs. 1 OR); "einseitig zwingend" (Art. 357 Abs. 2 OR: Günstigkeitsprinzip).

c) Bestimmungen von Betriebsordnungen

Art. 37 Abs. 4, 38 und 39 Abs. 2 ArG. Günstigkeitsprinzip analog Art. 357 Abs. 2 OR.

d) Parteivereinbarungen

Anwendungsfall des Günstigkeitsprinzips. Hierarchisch untergeordnet, weil die Vertragsfreiheit oft keine Gewähr für das Zustandekommen eines einigermassen angemessenen Interessenausgleichs bietet.

e) Vorschriften vom Normalarbeitsverträgen

Keine Verträge, sondern Gesetze i.m.S. (Art. 359 f. OR). Unterordnung aus Art. 360 Abs. 1 OR.

f) Dispositive Gesetzesvorschriften

Art. 319-362 OR, ausser Art. 361 Abs. 1 und Art. 362 Abs. 1 OR und Bestimmungen, deren zwingender Charakter sich bereits aus ihrem Wortlaut ergibt (z.B. Art. 323b Abs. 3 OR) sowie Anweisungen an das Gericht (z.B. Art. 337 Abs. 3 OR).

g) Weisungen des Arbeitgebers

Notwendig, da der Inhalt des AV sich weder durch objektive Bestimmungen noch durch Parteivereinbarungen so genau festlegen lässt, dass er als Grundlage für den alltäglichen Arbeitsvollzug ausreicht.

VI. Der Arbeitsvertrag im internationalen Privatrecht

1. SUBJEKTIVE ANKNÜPFUNG

Art. 121 Abs. 3 IPRG: Recht des gewöhnlichen Aufenthalts entspricht i.d.R. dem Recht des Arbeitsortes. Gesellschaften: Art. 21 IPRG. Rechtswahl: Art. 116 IPRG.

2. OBJEKTIVE ANKNÜPFUNG

Fehlen einer Rechtswahl → Kaskadenordnung nach Art 121 Abs. 1 und 2 IPRG, unter Beachtung der Ausnahmeklausel nach Art. 15 Abs. 1 IPRG und Sonderanknüpfungen nach Art. 123-126 IPRG.

3. BESONDERHEITEN BEI ZWINGENDEN VORSCHRIFTEN

Abweichungen von Art. 13 IPRG: Art. 18 (→ z.B. Art. 1 Abs. 3 ArG) und 19 IPRG (→ z.B. Schutznormen am ausländischen Arbeitsort).

§ 2. Das Zustandekommen des Arbeitsvertrags

I. Das Zustandekommen durch Austausch übereinstimmender Willenserklärungen

1. IM ALLGEMEINEN

Konsens (Art. 1 Abs. 1 OR) über die wesentlichen Vertragspunkte (Art. 2 Abs. 1 OR):

- Objektiv wesentliche Vertragspunkte: Art. 319 Abs. 1 OR (Inhalt und Umfang der Arbeitsleistung - auf Zeit, Vergütung, Subordinationsverhältnis)
- Allfällige subjektiv wesentliche Vertragspunkte: deren einvernehmliche Regelung stellt eine *conditio sine qua non* für den Abschlusswillen dar (z.B. Lohnhöhe).

Keine wesentlichen Vertragspunkte: Vereinbarungen über Arbeitszeit, Kompensation und Vergütung von Überstunden, Kündigungsmöglichkeiten.

2. VERWENDUNG VON ALLGEMEINEN ARBEITSBEDINGUNGEN

Generell vorformulierte Klauseln, dienen der Rationalisierung. Voraussetzungen der Gültigkeit: wie bei AGB (Übernahme, Ungewöhnlichkeitsregel, Unklarheitsregel). Anwendungsfall: Bestimmungen eines GAV.

II. Das Zustandekommen durch Gesetzesvorschrift

1. DER FAKTISCHE VERTRAG IM ALLGEMEINEN

Beim Vorliegen bestimmter Tatbestände rechtfertigt es sich, vertragsrechtliche Rechtsfolgen auch ohne gültig zustande gekommenen Vertragsabschluss anzuwenden.

2. DIE VORSCHRIFT VON ART. 320 ABS. 2 OR

Wenn bei Würdigung der objektiven Verhältnisse der Lohn als einziger oder doch wichtigster Grund der Arbeitsleistung erscheint. Erleichterung der Entstehung eines AV über den allgemeinen Regeln, dient dem Schutz des AN, v.a. in Familien- und Konkubinatsverhältnissen. Zwingend, es sei denn, es liege eine ausdrückliche Unentgeltlichkeitsvereinbarung vor.

3. DIE VORSCHRIFT VON ART. 320 ABS. 3 OR

Zweck: Schutz des AN, Lohnanspruch für bereits geleistete Arbeit. Tatbestandsvoraussetzungen:

- Abschluss eines AV
- Ungültigkeit des abgeschlossenen Vertrags: Nichtigkeit oder einseitige Unverbindlichkeit
- Bereits geleistete Arbeit auf Grund des ungültigen AV
- Gutgläubigkeit des AN: fehlendes Unrechtsbewusstsein bei Vorliegen eines Rechtsmangels.

Rechtsfolgen:

- Faktischer AV
- Kündigungsrecht mit sofortiger ex nunc-Wirkung.

§ 3. Die Gültigkeit des Arbeitsvertrags

I. Die Handlungsfähigkeit der Parteien

Art. 12, 18 und 19 Abs. 1 ZGB unter Vorbehalt von Art. 320 Abs. 3 OR. AG als jur. Pers.: Art. 54 ZGB.

II. Die Form

1. FORM DES ARBEITSVERTRAGS SELBST

Art. 11 Abs. 1, 16 Abs. 1 und 320 Abs. 1 OR. Ausnahmen im OR: Art. 344a Abs. 1, 347a Abs. 1 und 2 OR.

2. FORM EINZELNER ABREDEN

Schriftform (Art. 12 ff. OR), z.B. Art 324a Abs. 4, 332 Abs. 2, 335c Abs. 2, 340 Abs. 1 OR.

III. Der Inhalt

1. GESTALTUNG DES VERTRAGSINHALTS

Art. 19 Abs. 1 OR in den Schranken der Rechtsordnung.

2. MANGELHAFTIGKEIT DES VERTRAGSINHALTS (ART. 20 OR)

Verstoss gegen eine öff.-rechtliche Vorschrift → Nichtigkeit, wenn sie vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt. Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR): die widerrechtliche Vertragsklausel ist nichtig und wird durch die zwingenden Arbeitsbedingungen ersetzt; der Vorbehalt des hypothetischen Parteiwillens entfällt.

IV. Übervorteilung und Willensmängel

1. IM ALLGEMEINEN

Art. 21 und 23 ff. OR, relativiert durch Art. 320 Abs. 3 OR.

2. VERTRAGSANFECHTUNG WEGEN UNRICHTIGER BEANTWORTUNG VON FRAGEN

Ausgeschlossen, sofern die gestellten Fragen unzulässig waren, d.h. weder die Eignung des AN für das Arbeitsverhältnis betrafen noch zur Durchführung des AV erforderlich waren (Notwehrrecht der Lüge).

3. VERTRAGSANFECHTUNG WEGEN UNTERLASSENER OFFENBARUNG VON TATSACHEN

Zulässig, wenn AN eine Offenbarungspflicht traf, d.h. wenn ein Bewerber für die konkrete Arbeitsstelle völlig ungeeignet ist.

§ 4. Vorvertragliche Rechtsverhältnisse

I. Das Vertragsverhandlungsverhältnis

1. ENTSTEHUNG UND RECHTSLAGE

Aufnahme von Vertragsverhandlungen → vertragsähnliches Verhältnis, begründet keine Pflichten, die erst aus dem AV selbst folgen; vielmehr: Pflichten nach Treu und Glauben. Stellenausschreibungen oder -gesuche: Einladungen zur Antragsstellung, keine Anträge im Rechtssinne.

2. BESONDERE PFLICHTEN DES POTENTIELLEN ARBEITNEHMERS

a) Auskunftspflicht

Pflicht, rechtmässige Fragen, die ihm der AG mündlich, in Form eines Fragebogens oder sonstwie stellt, wahrheitsgemäss zu beantworten (Art. 328b OR analog). Rechtmässigkeit einer Frage: Würdigung aller konkreten Umstände, z.B. leitende Tätigkeit, Tätigkeit in einem Kleinbetrieb, befristete Tätigkeit, Tätigkeit in einem Tendenzbetrieb. Typische zulässige Fragen: Ausbildung, bisherige Berufstätigkeit, zukünftige berufliche Entwicklung, evtl. bestehende Krankheiten und Behinderungen oder Vorstrafen (soweit sachlich gerechtfertigt). Grunds. unzulässige Fragen: Schwangerschaft, militärische Dienstleistungen, private Lebensgestaltung, persönliches Umfeld. Auf unzulässige Fragen darf AN die Antwort verweigern; da er aber in einem solchen Fall mit der Nichterhaltung der Stelle rechnen muss, soll er solche Fragen auch unrichtig beantworten dürfen.

b) Offenbarungspflicht

Pflicht, bestimmte Tatsachen, nach denen AG nicht gefragt hat, von sich aus mitzuteilen. Nur dann anzunehmen, wenn der Bewerber für die konkrete Arbeitsstelle objektiv völlig ungeeignet ist, z.B. aus fehlender Ausbildung oder Berufspraxis, physischen oder psychischen Gründen, voraussehbarer Abwesenheit, Konkurrenzverbot, offensichtlichem Irrtum über erhebliche Tatsachen.

c) Wahrheitspflicht

Auch Tatsachen, nach denen AG nicht gefragt hat und die AN auch nicht von sich aus mitteilen muss, müssen in dem Sinne vollständig sein, dass durch blosser Bruchstücke kein falsches Bild entsteht.

3. BESONDERE PFLICHTEN DES POTENTIELLEN ARBEITGEBERS

a) Pflicht zum Datenschutz

Art. 328b Satz 1 OR analog und DSGVO: Befragung des Bewerbers, Einholen von Referenzen mit ausdrücklicher Einwilligung des Bewerbers (Referenzen sind besonders schützenswerte Personendaten nach Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSGVO), Erstellen eines graphologischen Gutachtens mit ausdrücklicher Einwilligung des Bewerbers (vgl. Art 4 Abs. 2 und 3 DSGVO), Durchführung psychologischer Eignungstests nach vorgängiger Mitteilung an den Bewerber, Datensicherung (Art. 7 Abs. 1 DSGVO), Rückgabe und Vernichtung der Unterlagen bei fruchtlosem Ende der Vertragsverhandlungen (Art. 4 Abs. 2 DSGVO).

b) Pflicht zur Vermeidung geschlechtsspezifischer Diskriminierung

Art. 3 Abs. 2 GIG. Untersagt sind direkt diskriminierende Zugangsvoraussetzungen und Auswahlkriterien (mit Ausnahme von z.B. Schauspielern und Schauspielerinnen) und indirekt diskriminierende Zugangsvoraussetzungen und Auswahlkriterien (z.B. Mindestgrösse für Bewerber bei einer Fluggesellschaft, wodurch deutlich mehr Frauen als Männer ausgeschlossen werden). Bei diskriminierender Ablehnung: Entschädigung mit Strafcharakter (Art. 5 Abs. 2 Satz 1 GIG; Art. 6 GIG gilt nicht).

c) Pflicht zur Erstattung von Auslagen

Ersatz der Auslagen für eine persönliche Vorstellung, wenn der Bewerber dazu aufgefordert wurde. Solange Verhandlungen nicht abgebrochen werden, sind jedoch beide Parteien an den zweckmässigen Schritten interessiert und tragen beide ihre eigenen Verhandlungskosten.

4. ANSPRÜCHE BEI PFLICHTVERLETZUNGEN

a) Schadenersatzansprüche aus culpa in contrahendo

Art. 97 ff. OR analog, Verjährung aber nach Art. 60 OR.

b) Ansprüche aus Verletzung besonderer Vorschriften

Insbes. Art. 28a ZGB, Art. 15 DSGVO, Art. 5 Abs. 2 GIG. Hingegen besteht kein Anspruch auf Einstellung.

II. Abschlussgebote und –verbote

1. IM ALLGEMEINEN

Bedürfen einer besonderen Rechtsgrundlage (Gesetz oder GAV), weil sie die Vertragsfreiheit tangieren.

2. GESETZLICHE ABSCHLUSSVERBOTE

V.a. im öff. Recht, z.B. Art. 30 Abs. 1 und 35 Abs. 2 ArG. Verstoss dagegen: kein widerrechtlicher Inhalt nach Art. 20 Abs. 1 OR, ausser wenn in der betreffenden Norm vorgesehen.

3. ABSCHLUSSGEBOTE UND -VERBOTE IN GESAMTARBEITSVERTRÄGEN

Z.B. Verbot der Beschäftigung jugendlicher oder ungelerner Personen, Wiedereinstellungsklauseln.

2. KAPITEL: DIE WIRKUNGEN DES ARBEITSVERHÄLTNISSES

§ 5. Die Arbeitspflicht

I. Der Begriff der Arbeitspflicht

Auf AV beruhende vermögensrechtliche Hauptpflicht des AN (Schuld) zur Leistung von Arbeit im Dienst des AG (Forderung; Art. 319 Abs. 1 OR).

II. Die Arbeitspflicht in persönlicher Hinsicht

1. GRUNDSATZ DER PFLICHT ZU PERSÖNLICHER LEISTUNG

Art. 321 OR: Abweichung von Art. 68 OR; und: personenbezogene Komponente des Arbeitsverhältnisses. Der Bezug nach den Umständen einer Hilfsperson hängt massgeblich von Inhalt und Umfang der Arbeitspflicht sowie von der Lohnhöhe ab; möglich auch direkt aus Gesetz (Art. 351 OR). Gestuftes Arbeitsverhältnis: AV auch zwischen AN und seiner Hilfsperson.

2. GRUNDSATZ DER PFLICHT ZUR LEISTUNG AN DEN ARBEITGEBER

I.d.R. Arbeitsleistung in den Betrieb des AG; Abweichungen beim Personalverleih und beim unechten Vertrag zugunsten Dritter, nicht aber durch Weisung des AG (Art. 468 Abs. 2, 333 Abs. 4 OR). Fallen Gläubiger- und Empfängerstellung beim AV auseinander: Gläubiger → abstrakter AG, Empfänger → konkreter AG.

III. Die Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht

1. NORMALARBEITSZEIT

a) Im Allgemeinen

Konkrete zeitliche Beanspruchung des AN pro Tag, Woche, Monat oder Jahr, also Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung, muss bestimmt (nach AV oder Übung, unter Einhaltung zwingender Schutzvorschriften des ArG) oder wenigstens bestimmbar sein. Abweichungen vom Grundmodell der festen Arbeitszeit:

b) Teilzeitarbeit

Kürzere als die betriebsübliche volle Arbeitszeit.

c) Job Sharing

Volle Stelle wird mit mehreren Teilzeitbeschäftigten besetzt, welche die Aufteilung der Arbeitszeit selber bestimmen (insofern Verzicht des AG auf Weisungsrecht).

d) Jahresarbeitszeit

Z.B. 2184 Stunden pro Jahr; AG kann die tägliche oder wöchentliche Arbeitszeit bestimmen und somit saisonalen Auftrags- bzw. Produktionsschwankungen Rechnung tragen.

e) Lebensarbeitszeit

AN kann Arbeitszeit vorholen, um diese dann zu einem späteren Zeitpunkt durch Freizeit zu kompensieren, z.B. zwecks frühzeitiger Pensionierung ohne Erwerbseinbusse. Während der Kompensation: aufgrund der Vorholstunden errechneter Durchschnittslohn.

f) Gleitende Arbeitszeit

Bestimmtes Stundenminimum pro Tag (Blockzeiten, Kontrolle mittels Stempeluhr); während der übrigen Zeit kann AN in einem gewissen Rahmen Arbeitszeit vor- oder nachholen.

g) Zielorientierte Arbeitszeit

Bestimmter Zeitpunkt festgelegt, bis zu dem AN die zugewiesene Arbeit zu erledigen hat.

h) Schichtarbeit

AG hat das Recht, in einem gewissen Rahmen abwechselnde Tages- und Nachtabschnitte zu bezeichnen, während denen zu arbeiten ist (Art. 25 ArG).

i) Arbeit auf Abruf

V.a. Arbeit mit kapazitätsorientierter variabler Arbeitszeit (KAPOVAZ): Ergänzung der eigentlichen Arbeitszeit durch einen Bereitschaftsdienst.

j) Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeit

Parteien schliessen im Hinblick auf einzelne Arbeitseinsätze jeweils neue AV von kurzer Dauer ab.

k) Kurzarbeit

Vorübergehend reduzierte Arbeitszeit aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten oder Betriebsstörungen.

2. ÜBERSTUNDEN

a) Pflicht zur Leistung von Überstunden

3 Vorausss. nach Art. 321c Abs. 1 OR. Wirkung: zeitliche Erweiterung der Arbeitspflicht; Grund: Treuepflicht.

b) Abgeltung der Überstunden

Abzugelten sind:

- Vom AG angeordnete geleistete Überstunden
- Vom AG nicht angeordnete geleistete Überstunden, sofern sie vom AN nach Treu und Glauben als notwendig betrachtet werden dürfen.

Besteht Abgeltungsanspruch → wie hat die Abgeltung zu erfolgen? Art. 321c Abs. 2 und 3 OR.

c) Abgrenzung der Überstunden von der Überzeit

Überzeit: Arbeitszeit, die über die in Art. 12 ArG festgelegte Höchstarbeitszeit hinaus geleistet wird.

IV. Die Arbeitspflicht in örtlicher Hinsicht

Arbeitsort = Betriebsort, soweit vertraglich nicht ausdrücklich festgelegt. Hat nur die Bedeutung eines räumlichen Mittelpunktes. Durch Vereinbarung können die Parteien jederzeit einen neuen Arbeitsort festlegen; Versetzung durch AG gestützt auf sein Weisungsrecht: nur wenn zumutbar (Art. 321d Abs. 2 OR).

V. Die Arbeitspflicht in gegenständlicher Hinsicht

Frage, welche Arbeit AN zu verrichten hat; nach AV, konkretisiert durch das Weisungsrecht des AG:

- Hauptarbeit im Rahmen der Grenzen des AV
- Übliche Hilfsarbeit, die mit der Hauptarbeit zusammenhängt
- Sonderarbeit, z.B. Mitwirkung bei Beseitigung von Betriebsstörungen; bildet keine Überstunden, vielmehr Anwendungsfall der Treuepflicht
- Blosser Arbeitsbereitschaft
- Mittelbare Streikarbeit: Arbeit, die einen Streikbruch voraussetzt oder ermöglicht.

VI. Die Arbeitspflicht in qualitativer Hinsicht: Art. 321a Abs. 2 OR

VII. Das Entfallen der Arbeitspflicht

Einschränkung von vornherein auf AV-Dauer und vereinbarte Arbeitszeit. Auch innerhalb dieses Rahmens kann die Arbeitspflicht unter folgenden Umständen entfallen oder ruhen:

- Annahmeverzug des AG (Art. 324 OR)
- Unverschuldete Verhinderung des AN an der Arbeitsleistung (Art. 324a OR)
- Gewährung von Freizeit und Ferien (Art. 329 ff. OR)
- Teilnahme an einem rechtmässigen Streik (Art. 28 Abs. 3 BV, Art. 2 ZGB), wobei Lohnanspruch entfällt.

VIII. Die Verletzung der Arbeitspflicht

1. ÜBERBLICK ÜBER DIE SANKTIONEN

Kündigung, Verweigerung der Lohnzahlung (nicht aber bei bloss mangelhafter Arbeitsleistung), Schadenersatzpflicht, Konventional- und Ordnungsstrafen (bei ausreichender Rechtsgrundlage), Erfüllungszwang (mittels Klage; wenig sinnvoll, deswegen kaum praktische Bedeutung).

2. SCHADENERSATZPFLICHT

a) Haftungsvoraussetzungen und Beweislast

Art. 321e Abs. 1 OR bestätigt Art. 97 Abs. 1 OR. Offt Übernahmeverschulden des AN.

b) Sorgfaltsmassstab

Art. 321e Abs. 2 OR; betrifft das Verschulden und bestätigt den allgemeinen Grundsatz, dass es nach einem objektivierten Massstab zu beurteilen ist.

c) Schadenersatzbemessung

Art. 99 Abs. 3 → Art. 43 f. OR: Selbstverschulden des AG und Betriebsrisiko.

d) Geltendmachung

Spätestens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, unter Beachtung von Art. 127 OR. Verrechnung nach Art. 323b Abs. 2 OR zulässig.

e) Vertragliche Abweichungen

Art 362 OR → Art. 321e OR einseitig zwingend; Wegbedingung der Haftung des AN: Art. 100 Abs. 1 OR.

§ 6. Die Lohnzahlungspflicht

I. Der Begriff der Lohnzahlungspflicht

Auf AV beruhende vermögensrechtliche Hauptpflicht des AG (Schuld) zur Entrichtung einer Vergütung für die Leistung des AN (Forderung; Art. 319 Abs. 1 OR).

II. Die Quellen der Lohnbestimmung

1. GESAMTARBEITSVERTRAG

Lohntarife: Kernfunktion des GAV; zwingend, mit 2 Ausnahmen:

- Höhere Löhne können im AV frei vereinbart werden (Günstigkeitsprinzip, Art. 357 Abs. 2 OR)
- Tiefere als im GAV festgesetzte Löhne: nur wenn GAV dies gestattet (Art. 357 Abs. 1 OR).

2. NORMALARBEITSVERTRAG (ART. 360 OR)

Lohnsätze möglich, können aber von den Parteien nach oben oder nach unten abgeändert werden.

3. EINZELARBEITSVERTRAG

Freie Vereinbarung unter Beachtung von Gesetz und GAV; einseitige Lohnkürzungen durch AG unzulässig, es sei denn, dieser habe sich im AV ein entsprechendes Gestaltungsrecht einräumen lassen. Nimmt aber AN einen geringeren Lohn (i.d.R.) dreimal vorbehaltlos an → nach Praxis stimmt AN der Lohnkürzung zu (abgelehnt von Portmann).

4. ÜBUNG

Fehlt es im AV an einer Vereinbarung über den Lohn → AG hat AN den üblichen Lohn zu entrichten, sofern nicht ohnehin durch GAV oder NAV bestimmt.

5. BILLIGKEIT

Üblicher Lohn nicht feststellbar → Richter entscheidet nach Billigkeit.

6. STAATLICHE LOHNVORSCHRIFTEN

Einschränkung der Vertragsfreiheit: Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV, Art. 3 Abs. 2 GIG, Art. 110 BV, Art. 349a Abs. 2 und 321c Abs. 3 OR, Art. 13 Abs. 1, 17b Abs. 1 und 2, 19 Abs. 3 ArG.

III. Die Lohngleichheit von Frau und Mann**1. ALLGEMEINES**

Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV: Grundrecht, zwingend und unverzichtbar (Art. 341 Abs. 1 OR).

2. TATBESTAND DER LOHNDISKRIMINIERUNG**a) Direkte und indirekte Diskriminierung**

Lohnungleichheit aus einem geschlechtsspezifischen Umstand:

- Direkte Diskriminierung: Ungleichbehandlung stützt sich ohne sachliche Gründe ausdrücklich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein nur von einem Geschlecht erfüllbares Kriterium
- Indirekte Diskriminierung: formal geschlechtsneutrale Regelung benachteiligt im Ergebnis ein Geschlecht ohne sachliche Rechtfertigung.

Gerechtfertigte unterschiedliche Entlohnung: nach objektiven Kriterien, die i.d.R. auch zwischen AN des gleichen Geschlechts zu Lohnunterschieden führen (Leistung, Qualifikation, Ausbildung,...).

b) Individuelle und generelle Diskriminierung

- Individuell: aus Einstufung eines bestimmten AN im Vergleich mit Personen des anderen Geschlechts
- Generell: aus genereller Einstufung bestimmter Funktionen, d.h. wenn, zum Nachteil einer geschlechtsspezifisch identifizierten Arbeit, in der Arbeit selbst nicht sachbezogene Lohnunterschiede bestehen.

c) Erfordernis der gleichwertigen Arbeit

Nicht bloss ähnliche, d.h. gleichartige Arbeit, sondern auch Arbeiten unterschiedlicher Natur (gemäss einer Wertung und in Hinblick auf sog. versteckte Lohndiskriminierungen). Geschlechtsspezifisch sind Anforderungsmerkmale, die von den AN eines Geschlechts wesentlich leichter oder anteilmässig wesentlich häufiger erfüllt werden können; sind zugleich geschlechtsdiskriminierend, wenn nicht sachlich gerechtfertigt.

d) Erfordernis des gleichen Arbeitgebers

Erfasst auch den Fall, in dem formal verschiedene AG beteiligt sind, aber das Lohnsystem des einen AG vom anderen AG abhängig ist (z.B. Verhältnis Kanton-Gemeinden, Konzernmutter-Tochter).

3. RECHTSFOLGEN

Teilnichtigkeit des AV → Beseitigung (Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG), nicht aber Lohn in bestimmter Höhe.

4. GELTENDMACHUNG

Privatrechtliche AV: Zivilprozessweg (Berufung oder StaBe je nach Streitwert); öff.-rechtliche AV: Art. 12 f. GIG. Diskriminierung wird durch Glaubhaftmachung vermutet (Art. 6 GIG). Verjährung: Art. 128 Ziff. 3 OR.

IV. Erscheinungsformen des Lohns**1. EINTEILUNGSKRITERIEN****a) Vergütungsmassstab**

Zeitlohn, Leistungslohn, sonstiger Lohn (z.B. nach Anteil am Geschäftsergebnis).

b) Leistungsgegenstand

Geldlohn (i.d.R.), Naturallohn (v.a. Beteiligung am Unternehmen, Trinkgeld, Unterkunft und Verpflegung).

c) Selbständigkeit

- Selbständige Leistungen: unabhängig von anderen Lohnbestandteilen, z.B. gewöhnlicher Zeitlohn
- Unselbständige Leistungen: z.B. Zuschläge und Zulagen.

d) Rechtsnatur

Geschuldete (gemäss AV, sind Lohnbestandteile) und freiwillige Leistungen (v.a. Gratifikation). Leistungen des AG nicht im Austausch mit der Arbeitsleistung sind vom vornherein kein Lohn (z.B. Betriebspensionen).

2. ZEITLOHN

Leistungsunabhängiger, nach Zeitabschnitten (v.a. Stunden- oder Monatslohn) bestimmter Lohn.

3. AKKORDLOHN**a) Begriff und Erscheinungsformen**

Leistungslohn, Bemessung nach der Menge der geleisteten Arbeit; Akkordlohnansatz immerhin aufgrund der durchschnittlich benötigten Zeit bestimmt → erledigt AN die Arbeit in kürzerer Zeit, verdient er mehr. 2 Berechnungsarten:

- Geldakkord: Erbrachte Leistungseinheiten mal Geldbetrag pro Leistungseinheit
- Zeitakkord: Erbrachte Leistungseinheiten mal Vorgabezeit (Aufwand eines durchschnittlichen AN für eine Leistungseinheit) mal Geldfaktor (Betrag für eine Minute der Vorgabezeit).

Praxis: i.d.R. Mindestlohn als Zeitlohn + Akkord, oft in Gruppenarbeitsverhältnis (mehrere AN als Gruppe).

b) Schutzbestimmungen

Art. 326 und 326a OR.

4. PRÄMIE**a) Begriff und Abgrenzungen**

Vergütung für besondere Leistungen des AN, z.B. in Bezug auf Quantität und Qualität der Arbeit, sparsamen Materialverbrauch, pünktliches Erscheinen, Einhaltung von Terminen,... Unterschied zum Akkordlohn: mehrere und kombinierbare Bezugsgrößen möglich.

b) Schutzbestimmungen

Wie oben.

5. PROVISION**a) Begriff und Anspruchsvoraussetzungen**

Prozentual nach Wert einzelner durch AN vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfte bestimmte Vergütung (Art des Leistungslohns); v.a. bei Handelsreisenden, Verkaufs- und Serviceangestellten. Anspruchsvoraussetzungen von Art. 322b Abs. 1 und 3 OR:

- Provisionsabrede (zwingend, Art. 362 OR)
- Rechtsgültiger Geschäftsabschluss mit einem Kunden (zwingend, Art. 362 OR)
- Ausführung oder verschuldete Nichtausführung des Geschäfts durch AG
- Erfüllung der vertraglichen Pflichten durch den Kunden.

b) Schutzbestimmungen

Art. 322c, 326, 326a, 349a OR.

6. ANTEIL AM GESCHÄFTSERGEBNIS (ART. 322A OR)**a) Begriff und Erscheinungsformen**

Erfolgsvergütung nach Gesamtergebnis des Unternehmens; v.a. sinnvoll, wenn AN durch seine Leistungen unmittelbaren Einfluss auf das Geschäftsergebnis ausüben kann. Insbesondere:

- Gewinnbeteiligung: i.d.R. Bruchteil des jährlichen Reingewinns; besondere Art: Beteiligung am Cashflow
- Umsatzbeteiligung: ähnlich zu Leistungslohn (aber keine Anknüpfung an ein individuelles Arbeitsergebnis)
- Sonstige Beteiligung: z.B. Differenz kalkulierter – effektiver Material- und Lohnaufwand.

b) Schutzbestimmungen

Auskunft, Einsicht und Abschrift der Gewinn- und Verlustrechnung (Art. 322a Abs. 2 und 3 OR).

7. BETEILIGUNG AM UNTERNEHMEN**a) Zweck**

Mitarbeiteraktien, Partizipations- und Genussscheine → v.a. leistungs-, finanzwirtschaftliche und personalpolitische Zwecke.

b) Bereitstellung des Beteiligungssubstrats

Rückkauf von Aktien durch das Unternehmen, Kapitalerhöhung.

c) Rechtsnatur

Nicht nur Gewinn-, sondern auch Vermögensbeteiligung; oft auch nicht-vermögensrechtlicher Aspekt: Mitwirkungs- und Schutzrechte (z.B. Stimmrecht an der GV).

d) Beteiligungsumfang

Zunächst nach Grösse des gesamten Beteiligungssubstrats. Abstufung des individuellen Beteiligungsumfangs nach betrieblicher Stellung oder nach Erfolg des AN.

e) Beteiligungsbedingungen

Oft vorteilhafte Konditionen, z.B. Erwerbspreis der Mitarbeiteraktien erheblich unter dem Börsenkurs oder sogar unentgeltlich; „Gegenleistung“: Verfügungssperre, evtl. Rückgabepflicht (v.a. bei Beendigung des AV).

8. TRINGELD

Naturallohn. Heute unbedeutend („Trinkgeld inbegriffen“), weitgehend durch Umsatzbeteiligung ersetzt.

9. UNTERKUNFT UND VERPFLEGUNG

Art. 322 Abs. 2 OR: Naturallohn. Hausgemeinschaft: AN nach Art. 331 f. ZGB unter der Hausgewalt des AG; jedoch nicht, wenn AN regelmässig einen Pensionspreis entrichtet.

10. ZUSCHLÄGE UND ZULAGEN

- Zuschläge für Überstundenarbeit (Art. 321c Abs. 3 OR), sofern kein Freizeitausgleich
- Zuschläge für Überzeit-, Nacht- und Sonntagsarbeit (Art. 13 Abs. 1, 17b und 19 Abs. 3 ArG)
- Zulage für erschwerte Arbeitsbedingungen
- Ferienzulagen; trotz Art. 329d Abs. 1 OR Lohnzuschläge anstelle eines echten Ferienlohns
- Teuerungszulagen
- Sozialzulagen, z.B. Familien- und Kinderzulagen.

11. GRATIFIKATION

Sondervergütung, die AG neben dem Grundlohn bei bestimmten Anlässen wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres nach seinem Ermessen (sachliche Gesichtspunkte) oder unter bestimmten Umständen (Rückzahlungsklausel für den Fall eines alsbaldigen Ausscheidens des AN unzulässig) ausrichtet. Grund: Anspornung des AN für die zukünftige Arbeit. Anspruch nach Art. 322d OR. Aus der freiwilligen Zahlung von Gratifikationen können sich mit der Zeit (nach dreimaliger, ununterbrochener und vorbehaltloser Ausrichtung: Betriebsübung) Rechtsansprüche ergeben.

V. Lohnabzüge

- AN-Beiträge an AHV, IV, Arbeitslosenversicherung, berufliche Vorsorge und Nichtberufsunfallversicherung
- Quellensteuern für ausländische AN ohne Niederlassungsbewilligung
- Lohnrückhalte nach Art. 323a OR, sofern im GAV, NAV, üblich oder verabredet
- Weitere vereinbarte Abzüge, z.B. für Kantinenverpflegung.

VI. Die Lohnzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung

1. GRUNDSATZ UND AUSNAHMEN

Grundsatz: ohne Arbeit kein Lohn (Art. 82 OR). Ausnahmen:

- Annahmeverzug des AG nach Art. 324 OR
- Unverschuldete Verhinderung des AN an der Arbeitsleistung (Art. 324a OR)
- Gewährung von Freizeit und Ferien (Art. 329 ff. OR)
- Bestimmung nach EAV, NAV, GAV oder Übung (Art. 322 Abs. 1 OR).

2. LOHN BEI ANNAHMEVERZUG DES ARBEITGEBERS (ART. 324 OR)

a) Tatbestand

Arbeit kann infolge Verschuldens des AG nicht geleistet werden; Lohnzahlungspflicht bleibt bestehen. AG weist die gehörig angebotene Leistung des AN zurück oder nimmt die notwendigen Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen nicht vor (z.B. Kurzarbeit, Verweigerung des Zutritts zum Arbeitsplatz, Nichtzuweisung von Arbeit oder der nötigen Weisungen zur Arbeitsausführung). Sonstige Umstände nach Art. 324 OR: Störungen im Betriebsablauf und wirtschaftliche Schwierigkeiten des AG → er hat das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko zu tragen. Weitere Fälle:

- Freistellung (AG verzichtet während einer bestimmten Zeit auf die Arbeitsleistung des AN), sofern sie den Sinn hat, dass der AN nicht arbeiten muss und darf; zulässig, soweit AN keinen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung hat
- Berechtigte Leistungsverweigerung des AN nach Art. 82 OR [BGE 120 II 209]
- Betriebsstörung infolge Streik: kein Annahmeverzug gegenüber leistungsbereiten AN in einem fremden Betrieb nur, wenn sie mindestens einen indirekten Nutzen vom Streik haben.

b) Rechtsfolge

AG zur Lohnzahlung verpflichtet, ohne dass AN zur Nachleistung angehalten werden kann. Ausnahmen: Art. 11 ArG, Treuepflicht im Rahmen des Zumutbaren, aufgrund Vereinbarung (Art. 324 OR einseitig zwingend) [BGE 118 II 139].

c) Vertragliche Regelungen

Vertragliche Vereinbarung der Reduktion oder Suspendierung der Arbeitspflicht, sodass der Verzug erst gar nicht eintritt, v.a. Kurzarbeit und Freistellung (siehe oben), sowie einer Nachleistungspflicht.

3. LOHN BEI UNVERSCHULDETER VERHINDERUNG DES ARBEITNEHMERS

a) Tatbestand

Voraussetzungen nach Art. 324a Abs. 1 OR:

- In der Person des AN liegender Verhinderungsgrund: subj. Grund (z.B. Krankheiten und Unfälle, nicht aber Lawinnenniedergänge)
- Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung
- Fehlendes Verschulden des AN an der Arbeitsverhinderung

- Bestehen eines unbefristeten AV, das mehr als drei Monate gedauert hat, oder eines befristeten AV, das für mehr als drei Monate eingegangen ist.

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist vom AN zu beweisen.

b) Rechtsfolge

Art. 324a OR. Mehrere Verhinderungsphasen während eines Dienstjahres → Lohnfortzahlungsanspruch so, wie wenn nur ein zusammenhängender Arbeitsausfall vorgelegen hätte. In diesem Rahmen: Anspruch des AN auf den gesamten, auf die Zeit der Arbeitsverhinderung entfallenden Lohn.

c) Abweichende Regelungen

- Weitere Verhinderungsgründe über Art. 324a Abs. 1 OR hinaus möglich (Art. 362 OR)
- Längere Zeitabschnitte über Art. 324a Abs. 2 OR
- Ersatz durch EAV, NAV, GAV (Art. 324a Abs. 4 OR, z.B. private Taggeldversicherung)
- Bei obligatorischer Versicherung des AN: Art. 324b Abs. 1 OR.

VII. Die Ausrichtung und Sicherung des Lohns

1. ZAHLUNGSFRISTEN UND -TERMINE

a) Im Allgemeinen

- Grundsätzlich: Lohn am Ende jedes Monats (Art. 323 Abs. 1 OR)
- Provision: Art. 323 Abs. 2 OR; beim Handelsreisendenvertrag: Art. 349b Abs. 3 OR
- Anteil am Geschäftsergebnis: Art. 323 Abs. 3 OR.

b) Vorschuss

Nach Massgabe der geleisteten Arbeit. 2 Voraussetzungen nach Art. 323 Abs. 4 OR:

- AN braucht den Vorschuss infolge einer Notlage
- AG vermag den Vorschuss billigerweise zu gewähren.

2. LOHNRÜCKBEHALT

a) Grundlage

Interesse des AG auf Erfüllung von Forderungen gegen den AN aus dem Arbeitsverhältnis, unter Beachtung von Art. 323a Abs. 1 OR; v.a. im Gastgewerbe von Bedeutung.

b) Höhe: Art. 323a Abs. 2 OR

c) Verwendung

- Sicherheit für die Forderungen des AG aus dem AV: Verrechnung (gleich wie bei der Kaution)
- Konventionalstrafe.

3. MODALITÄTEN DER LOHNZAHLUNG (ART. 323B ABS. 1 OR)

- Auszahlung in gesetzlicher Währung
- Auszahlung innerhalb der Arbeitszeit
- Übergabe einer schriftlichen Abrechnung.

4. VERRECHNUNG

Nur soweit, als die Lohnforderung pfändbar ist (Art. 93 SchKG); Ausnahme: Ersatzforderungen für absichtlich zugefügten Schaden (Art. 323b Abs. 2 OR).

5. TRUCKVERBOT

Art. 323b Abs. 3 OR: AN muss über seinem Geldlohn frei verfügen können. Ein Geschäft fällt dann nicht unter das Truckverbot, wenn der AG zwar ein Interesse an ihm hat, es aber auch und insbesondere vorwiegend im Interesse des AN liegt. Es kommt demnach auf die Umstände des Einzelfalls an.

6. ABTRETUNG UND VERPFÄNDUNG KÜNFTIGER LOHNFORDERUNGEN

Grundsätzlich nichtig (Art. 325 Abs. 2 OR); Ausnahme: Art. 325 Abs. 1 OR, der aber vertraglich ausgeschlossen werden kann.

VIII. Die Verletzung der Lohnzahlungspflicht

Mögliche Sanktionen:

- Fristlose Kündigung (auch Spezialfall in Art. 337a OR)
- Verweigerung der Arbeitsleistung (Art. 82 OR)
- Schadenersatzpflicht, je nach Art der Leistungsstörung, v.a. bei Verzug
- Erfüllungszwang, i.d.R. nach SchKG.

§ 7. Die Treuepflicht

I. Der Begriff der Treuepflicht

Besondere gesetzliche Pflichten: Art. 321a-c OR; allgemeine Treuepflicht: Art 321a OR; Konkretisierung durch Lehre und Rechtsprechung → Verstoss z.B. bei ungebührlichem Verhalten gegenüber AG, Gefährdung des Betriebsfriedens, Abwerbung von Mitarbeitern oder Kunden... Eigenschaften der Treuepflicht:

- Nebenpflicht oder Bündel von Nebenpflichten mit personenbezogenem Charakter; grosse praktische Bedeutung, Gegenstück der Fürsorgepflicht des AG
- Vorwiegend Unterlassungspflicht: alles zu unterlassen, was den AG schädigen könnte
- Grunds. nur auf das dienstliche Verhalten bezogen
- Grunds. auf die Dauer des AV beschränkt
- Inhalt der Treuepflicht hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab
- Grunds. durch die eigenen überwiegenden Interessen des AN begrenzt.

II. Die allgemeine Treuepflicht

1. VERHALTEN GEGENÜBER DEM ARBEITGEBER

Verstoss bei ungebührlichem Verhalten gegenüber AG, insbes. Begehung einer Straftat oder unbegründeten Strafanzeige gegen ihn.

2. BETRIEBSFRIEDEN

Störung insbes. durch Straftaten oder ungebührliche Handlungen gegen Arbeitskollegen oder ihre Verleitung zum Vertragsbruch. Hingegen Bekanntgabe des eigenen Lohns zulässig, soweit kein ausdrückliches Verbot.

3. ANSEHEN DES UNTERNEHMENS

Pflicht zur Unterlassung von schädlichen Mitteilungen an Dritte/Öffentlichkeit, selbst wenn sie wahr sind. Gleiches bei Werturteilen.

4. ABWERBUNG

5. ANNAHME VERMÖGENSWERTER VORTEILE VON DRITTEN

Verstoss, wenn sie geeignet sind, AG zu schädigen; v.a. Schmiergelder, Umsatzprovisionen, zulässig aber: Entgegennahme von Trinkgeldern oder Gelegenheitsgeschenken geringen Werts.

6. BENUTZUNG DER BETRIEBSEINRICHTUNGEN FÜR PRIVATE ZWECKE

Nur wenn vertraglich vorgesehen, vom AG erlaubt oder im geringfügigen üblichen Mass und nicht untersagt.

7. MITTEILUNGEN BETREFFEND ARBEIT UND BETRIEB

Müssen wahrheitsgemäss, vollständig, rechtzeitig und spontan (Rapportpflicht) sein.

8. SONDERLEISTUNGEN IN AUSSERORDENTLICHEN SITUATIONEN

Im Rahmen des Zumutbaren: Arbeit an anderem Ort, Überstunden, andere Art von Arbeit, Mitwirkung bei Behebung von Schäden.

9. AUSSERDIENSTLICHES VERHALTEN

Alle Handlungen zu unterlassen, die einen unmittelbaren Zusammenhang mit der Arbeit haben und somit den AG schädigen können. Bei AN in leitender Stellung, die gewissermassen das Unternehmen repräsentieren: auch gewisse Handlungen ohne direkten Zusammenhang, die aber schädlich sein könnten. Nebenbeschäftigung: Verstoss nur bei Konkurrenzieren des AG oder Beeinträchtigung der primären Arbeitsleistung (beide Fälle: Schwarzarbeit).

III. Die Pflicht zur sorgfältigen Behandlung der Produktionsmittel: Art. 321a Abs. 2 OR

Fachgerechter Einsatz der Produktionsmittel: Arbeitspflicht im qualitativen Sinn.

IV. Die Pflicht zur Unterlassung von Schwarzarbeit: Art. 321a Abs. 3 OR

Verstoss auch, wenn AN unentgeltlich oder für sich selbst tätig wird. [BGE 117 II 72]

V. Die Geheimhaltungspflicht

1. IM ALLGEMEINEN

Art. 321a Abs. 4 OR; Voraussetzungen:

- Nicht offenkundige Tatsache, d.h. nur Geheimnisträger und beschränktem Personenkreis bekannt
- Nicht allgemein zugängliche Tatsache
- Berechtigtes Geheimhaltungsinteresse des Geheimnisträgers
- Erkennbarer Geheimhaltungswille, ergibt sich aus den Umständen.

Mögliche Arten von Geheimnissen: Fabrikations-, Geschäfts-, Berufs- und sonstige Geheimnisse (z.B. finanzieller oder persönlicher Bereich des AG).

2. GEHEIMHALTUNGSPFLICHT WÄHREND DER DAUER DES ARBEITSVERHÄLTNISSES

Art. 321a Abs. 4 Halbs. 1 OR. Verwerten: Nutzung des Geheimnisses zum eigenen Vorteil. Der Tatbestand der Geheimnisverletzung hängt nicht vom Vorsatz des AN ab.

3. GEHEIMHALTUNGSPFLICHT NACH BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSES

Art. 321a Abs. 4 Halbs. 2 OR, wobei auch die Geheimhaltungspflicht des AN während des AV ein berechtigtes Interesse des AG voraussetzt. Sinn der Vorschrift: Abwägung im Einzelfall des Geheimhaltungsinteresses des AG mit dem Interesse des AN an wirtschaftlicher Entfaltung und beruflichem Fortkommen. Grenzen: Art. 27 Abs. 2 ZGB, Art. 340 ff. OR.

VI. Die Rechenschaftspflicht: Art. 321b Abs. 1 OR

VII. Die Herausgabepflicht: Art. 321b OR

- Abs. 1: Zuwendungen Dritter, die für den AG bestimmt sind (Art. 400 Abs. 1 OR: Zuwendungen aus irgendeinem Grunde); wichtig für Trinkgelder und Gelegenheitsgeschenke
- Abs. 2: AG hat Recht am Arbeitsergebnis und ist Verarbeiter i.S.v. Art. 726 Abs. 1 ZGB; beachte aber besondere Regelungen bei Immaterialgütern (Art. 332 OR)
- Herausgabepflicht entfällt bei Art. 120 ff. OR oder Art. 895 ff. ZGB.

VIII. Die Verletzung der Treuepflicht

Mögliche Sanktionen:

- Kündigung (fristlos nur bei schweren Verstössen)
- Schadenersatzpflicht (Art. 321e OR)
- Konventional- und Ordnungsstrafen, soweit in AV oder BO vorgesehen
- Erfüllungszwang, v.a. bei Konkurrenzverbot und Herausgabepflicht.

Nicht möglich: Lohnherabsetzung, Treuepflicht steht nicht in Austauschverhältnis zur Lohnzahlungspflicht.

§ 8. Die Fürsorgepflicht

I. Der Begriff der Fürsorgepflicht

Pflicht des AG, die berechtigten Interessen des AN zu wahren, insbes. durch Fürsorge und Schutz. Konkretisierung im Gesetz:

- Schutz der Persönlichkeit des AN (Art. 328-328a OR)
- Schutz der Daten des AN (Art. 328b OR, Art. 1 ff. DSGVO)
- Gleichstellung der Geschlechter (Art. 1 ff. GIG)
- Freizeit, Ferien und Urlaub (Art. 329 ff. OR)
- Schutz des Vermögens des AN (Art. 327-327c, 330 OR)
- Erteilung eines Zeugnisses (Art. 330a OR).

Eigenschaften der Fürsorgepflicht:

- Bündel von Nebenpflichten mit personenbezogenem Charakter, Gegenstück zur Treuepflicht
- Grunds. Unterlassungspflicht, in zahlreichen Aspekten jedoch Handlungspflicht
- Gliedert sich in Persönlichkeits-, Vermögens- und Fortkommenschutz
- Grunds. auf die Dauer des AV beschränkt
- Wichtige Schranke für das Weisungsrecht des AG
- Durch überwiegende berechnigte Interessen des AG beschränkt.

II. Die Pflicht zum allgemeinen Persönlichkeitsschutz

1. GRUNDSATZ

Art. 328 OR, entspricht Art. 28 ZGB. Einwilligung in den Schranken von Art. 27 ZGB.

2. SCHUTZMASSNAHMEN

a) Im Allgemeinen

Primär Unterlassungs-, aber auch Handlungspflichten wie Schutz des AN vor Betriebsgefahren, Eingriffen von Vorgesetzten, Arbeitskollegen und Dritten.

b) Schutz der Gesundheit

Art. 328 Abs. 2 OR, Art. 6 Abs. 1 ArG, Art. 82 Abs. 1 UVG. 3 curae, sachgemässe Organisation des Arbeitsablaufs, Schutzvorrichtungen an Maschinen. [BGE 112 II 138]

c) Schutz vor sexueller Belästigung

Art. 328 Abs. 1 Satz 2 OR, Art. 188, 193 StGB, Art. 4-9 GIG.

d) Schutz vor Mobbing

Systematisches, ohne begründeten Anlass erfolgendes Ausgrenzen eines Gruppenmitglieds durch die eigene Gruppe; führt zu Gesundheitsschäden. [BGE 125 III 70]

e) Besonderer Schutz bei Hausgemeinschaft

Hausgemeinschaft liegt bei Art. 331-332 ZGB vor; Schutz des AN nach Art. 328a OR.

3. GLEICHBEHANDLUNGSGRUNDSATZ

Nicht ausdrücklich im Gesetz (aus Art. 8 Abs. 2 und 3 BV?), beruht jedoch auf der Fürsorgepflicht des AG. Grundsatz der Vertragsfreiheit geht allerdings vor, daher: Gleichbehandlung bei Vor- und Nacharbeiten, Gratifikation.

4. BESCHÄFTIGUNGSANSPRUCH?

Nach Portmann: Ob ein Beschäftigungsanspruch besteht, hängt davon ab, ob die Nichtbeschäftigung (oder Zuweisung untergeordneter Arbeit) im Einzelfall eine ungerechtfertigte Persönlichkeitsverletzung darstellt.

III. Die Pflicht zum Datenschutz

1. ALLGEMEINES

Art. 328b Satz 1 OR, Art. 1 ff. DSG.

2. PERSÖNLICHKEITSVERLETZENDE DATENBEARBEITUNG

a) Gegenstand der Bearbeitung

Art. 328b Satz 1 OR, einseitig zwingend (Art. 362 OR). [BGE 123 III 129]

b) Art der Bearbeitung

Art. 4-12 DSG.

3. RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE

Einwilligung des Verletzten, überwiegendes privates oder öffentliches Interesse, Gesetz (Art. 13 DSG).

4. RECHTSANSPRÜCHE UND -BEHELFE

a) Allgemeine Ansprüche: Art. 15 DSG, Art. 28-28I ZGB

b) Anspruch auf Auskunft: Art. 8-9 DSG

c) Anrufung des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten: Art. 28-29 DSG

5. EINZELFRAGEN

a) Referenzen

Pflicht des AG, Auskünfte über den AN zu erteilen, sofern AN sie wünscht. Ohne Einwilligung des AN: keine Berechtigung des AG zur Referenzerteilung bei Art. 12 DSG und Art. 330a Abs. 2 OR; sonst: widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung.

b) Überwachungs- und Kontrollmassnahmen

Video-, Telefon-, E-Mail-, Fax-, Computerbenutzungsüberwachung. I.d.R. aus Betriebssicherheit, Gesundheitsschutz, Produktionssteuerung, Geschäftsabwicklung.

IV. Die Pflicht zur Gleichstellung der Geschlechter

1. ALLGEMEINES

GIG: v.a. Gleichstellung im Erwerbsleben.

2. DISKRIMINIERUNGSVERBOT

Art. 3 GIG: Kern des GIG (vgl. auch öff. Recht), insbes.:

- Diskriminierende Ablehnung einer Anstellung bei vorvertraglichen Rechtsverhältnissen
- Lohndiskriminierung
- Sexuelle Belästigung
- Diskriminierende Entlassung.

3. RECHTSANSPRÜCHE: ART. 5 GLG, ART. 41, 97 OR

4. BEWEISLASTERLEICHTERUNG UND VERFAHREN

Art. 6 GIG: Beweislasterleichterung, ausser bei Ablehnung einer Anstellung und sexueller Belästigung. Verfahren: Art. 11-13 GIG, Art. 343 OR.

V. Die Pflicht zur Gewährung von Freizeit, Ferien und Urlaub

1. FREIZEIT

a) Wöchentliche Freizeit

Art. 329 Abs. 1 und 2 OR, Art. 18-21 ArG. Keine Pflicht zur Nachgewährung der freien Tage, wenn AN erkrankt oder verunfallt (anders z.T. bei den Ferien). Lohnanspruch für im Wochen-, Monats- oder Jahreslohn beschäftigte AN nicht berührt, da Gehalt des AN unter Einschluss der freien Wochentage bemessen.

b) Übrige Freizeit

Art. 329 Abs. 3 OR. Darunter fallen:

- Feiertage (Art. 110 Abs. 1 BV, Art. 20a Abs. 1 ArG)
- Wichtige persönliche oder familiäre Angelegenheiten
- Stellensuche.

Beide letzten: ausserordentliche Freizeit, d.h. AN muss sie sich einräumen lassen; im Rahmen des Üblichen hat er aber darauf einen Rechtsanspruch.

2. FERIEN

a) Dauer

Art. 329a Abs. 1, 3 OR. Bei Krankheit oder Unfall: Nachgewährung (auch der Feiertage, die in die Ferien fallen); Nichterreicherung des Erholungszwecks steht schon im Voraus fest → Anspruch auf Verschiebung bereits festgelegter Ferien.

b) Zeitpunkt

Grunds. durch AG bestimmt (Art. 329c Abs. 2 OR), unter Berücksichtigung von Art. 329c OR. Ferien sind so frühzeitig (i.d.R. 3 Monate im Voraus) festzulegen, dass dem AN eine vernünftige Ferienplanung ermöglicht wird. Bei Verletzung dieser Pflicht durch AG → Möglichkeiten für AN:

- Ablehnung des Ferienbezugs; Ferienanspruch bleibt erhalten
- Eigenmächtiger Ferienbezug; AN hat seine Absicht aber rechtzeitig anzukündigen.

c) Lohn (Art. 329d OR)

- Ferienabgeltungsverbot (Abs. 2, beidseitig zwingend, Art. 361 OR), dient der Erreichung des Erholungszwecks der Ferien; Ausnahme bei unregelmässiger Beschäftigung, wenn sich die Berechnung des Ferienanspruchs voraussichtlich als schwierig erweist; muss aber im EAV vorgesehen sein
- Ferienlohngebot (Abs. 1, einseitig zwingend, Art. 362 OR); [BGE 118 II 136] Ferienprozente unzulässig, weil zu verhindern ist, dass AN bei Ferienbeginn den Ferienlohn bereits ausgegeben hat; Ausnahme wie oben. [BGE 107 II 430]

d) Kürzung

Art. 329b OR: Abs. 1 dispositiv, Abs. 2 und 3 einseitig zwingend (unter Vorbehalt von Abs. 4).

3. URLAUB

Bezahlt oder unbezahlt; allg. Anspruch darauf besteht nicht. Ausnahmen sind namentlich:

- Ausserschulische Jugendarbeit (Art. 329e OR)
- Schutz schwangerer und stillender Frauen (Art. 35a ArG).

VI. Die Pflicht zum Vermögensschutz**1. IM ALLGEMEINEN**

Z.T. aus besonderen gesetzlichen Bestimmungen, z.T. aus der allg. Fürsorgepflicht:

- Zurverfügungstellen sicherer Aufbewahrungsmöglichkeiten für Sachen des AN, die er üblicher- oder sinnvollerweise zur Arbeit mitbringt
- Orientierung des AN über betriebliche Sozialleistungen und –einrichtungen
- Schadloshaltung des AN bei Schadenersatzansprüchen Dritter (Art. 55 Abs. 1 OR?).

2. ARBEITSGERÄTE UND MATERIAL

Art. 327 OR. Kann AN infolge fehlenden Materials die Arbeit nicht leisten → Annahmeverzug des AG (Art. 324 OR).

3. AUSLAGEN

Art. 327a OR; Abs. 1 einseitig zwingend. [BGE 124 III 305] Bei Gebrauch eines Motorfahrzeugs: Art. 327b OR; nicht zu ersetzen sind aber die Fahrkosten zum üblichen Arbeitsort sowie Ausbildungskosten, sofern nichts anderes vereinbart ist. AN benutzt Fahrzeug für betriebliche und private Zwecke → proportionale Herabsetzung (nach zeitlicher Beanspruchung oder nach Kilometern).

4. KAUTION

Art. 330 OR: Wertgegenstand (Bargeld, Inhaberpapiere, Wertsachen), den der AN zur Sicherung seiner Verpflichtungen aus dem EAV (gleicher Zweck wie Lohnrückbehalt) dem AG übergibt. Setzt entsprechende Vereinbarung voraus. Alternative: Abschluss einer Vertrauensschadenversicherung.

VII. Die Pflicht zur Ausstellung eines Zeugnisses**1. INHALT**

Art. 330a OR. Vollzeugnis oder blosser Arbeitsbestätigung (Abs. 2). Anforderungen: wahr, vollständig, klar und datenschutzrechtlich korrekt. Genügt das AZ diesen Anforderungen nicht (Spezialfall codiertes Zeugnis: erhebliche Verschleierung der wirklichen Umstände) → Haftung des AG gegenüber Dritten nach Art. 41 OR.

2. FORM

Schriftlichkeit, rechtsgültige Unterzeichnung, üblicher Stil.

3. ZEITPUNKT DER AUSSTELLUNG

Abs. 1: jederzeit; AZ bei Beendigung des EAV: Schlusszeugnis; sonst: Zwischenzeugnis; dieses ist nur bei berechtigtem Interesse des AN (z.B. neuer Vorgesetzter) auszustellen. Verjährung: Art. 127 OR.

4. DURCHSETZUNG DES ANSPRUCHS

Einseitig zwingend (Art. 362 OR); Durchsetzung mit Leistungsklage; muss bei zu verbesserndem Zeugnis einen Formulierungsvorschlag enthalten.

VIII. Die Verletzung der Fürsorgepflicht

Mögliche Sanktionen durch AN:

- Kündigung; fristlos nur bei schweren Verletzungen der Fürsorgepflicht
- Verweigerung der Arbeitsleistung (da Annahmeverzug des AG)
- Schadenersatz- und Genugtuungspflicht (auch nach Spezialgesetzen wie GIG, DSG)
- Erfüllungszwang: Leistungsklage mit anschliessender Zwangsvollstreckung.

§ 9. Das Weisungsrecht

I. Das Weisungsrecht im Allgemeinen

1. BEGRIFF

Art. 321d OR; eigenständige Charakteristik des EAV, konkretisiert die Eingliederung des AN in die Arbeitsorganisation des AG (Subordinationsverhältnis).

2. RECHTSNATUR

Ausfüllendes Gestaltungsrecht: Inhaber kann ein Rechtsverhältnis ohne Zustimmung der anderen an ihm beteiligten Personen bestimmen (≠ Weisung: einseitiges Rechtsgeschäft).

II. Die Gestalt der Weisungen

- Allgemeine Anordnungen: generell-abstrakte Richtlinien, die sich an die Gesamtheit oder eine Kategorie der Belegschaft wenden und eine unbestimmte Vielzahl gleichartiger Situationen betreffen (z.B. Verbot des Alkoholkonsums)
- Besondere Weisungen: individuell-konkrete Direktiven (z.B. Anweisung über die Führung eines bestimmten Kundengesprächs).

Keine besondere Form erforderlich; müssen ohne besondere Umstände zugänglich sein.

III. Der Inhalt der Weisungen

1. IM ALLGEMEINEN

Unentbehrliches Instrument zur näheren Bestimmung der Arbeits- und Treuepflicht des AN.

2. WEISUNGEN ZUR ARBEITSPFLICHT

a) Zielanweisungen

Schreiben vor, welche Arbeit wann und wo auszuführen ist. Kernprodukt des Weisungsrechts, Gegengewicht zur Tragung des Betriebsrisikos durch AG.

b) Fachanweisungen

Vorschriften, wie eine Arbeit auszuführen ist; gilt nicht bei fachlich weisungsfreien AN (Ärzte, Künstler...).

c) Verhaltensanweisungen

Vorschriften über das Verhalten im Betrieb, z.B. Arbeitszeit, -bekleidung, Unfallverhütung.

3. WEISUNGEN ZUR TREUEPFLICHT

Weisungen zum ausserdienstlichen Verhalten zulässig, solange sie die Grenzen der Treuepflicht nicht überschreiten.

IV. Schranken des Weisungsrechts

1. IM ALLGEMEINEN

Subsidiär gegenüber allen anderen Regelungen des AV.

2. DIE SCHRANKE DER FÜRSORGEPFLICHT

Gesetzliche Schranke: Fürsorgepflicht des AG. Mit ihr unvereinbar sind Weisungen, die:

- das Persönlichkeitsrecht des AN verletzen
- gegen das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsprinzip verstossen
- auf keinem sachlich berechtigten Interesse des AG beruhen
- deren Befolgung für den AN unzumutbar ist
- gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung verstossen.

3. WEISUNGSFREIE BEREICHE

Einschränkungen, die sich aus der besonderen Natur solcher AV ergeben. Zurückhaltung auch gegenüber AN in leitender Stellung oder AN, die das Risiko eigener Verantwortlichkeit in zivil- oder strafrechtlicher Hinsicht tragen.

V. Die Befolgungspflicht

Art. 321d Abs. 2 OR: Gegenstück zum Weisungsrecht. Weisungen in Überschreitung des Weisungsrechts sind rechtsunwirksam → Fehlen einer Befolgungspflicht. Freiwillige Befolgung → keine Haftung des AN bei Schaden aus der Befolgung der Weisung.

VI. Sonderfragen

- Pflicht des AG zur Erteilung von Weisungen, wenn zum Schutz der AN oder Dritter erforderlich (Art. 55 OR)
- Bei sich widersprechenden Weisungen geht grunds. die Weisung einer höheren Instanz vor
- Weisungen können an Bedingungen geknüpft sowie jederzeit durch neue Weisungen abgeändert, ersetzt oder widerrufen werden
- Hausgemeinschaft → Beachtung einer allfälligen Hausordnung durch AN.

§ 10. Weitere Wirkungen des Arbeitsverhältnisses

I. Das Recht am Arbeitsergebnis

1. IM ALLGEMEINEN

Folgerichtige Konsequenz aus Art. 319 Abs. 1 und 321b Abs. 2 OR.

2. RECHTE AN SACHEN

Art. 726 Abs. 1 ZGB: infolge der Eingliederung des AN in die Arbeitsorganisation des AG ist dieser als Verarbeiter anzusehen (→ AN blosser Besitzdiener fremder Sachen).

3. RECHTE AN ERFINDUNGEN, MUSTERN UND MODELLEN, URHEBERRECHTLICH GESCHÜTZTEN WERKEN

Seit 1. Juli 2002: Bundesgesetz über den Schutz von Design (DesG); vgl. Aufsatz in ARV 2002, S. 9-12. Art. 332 OR wurde erweitert, Art. 332a OR aufgehoben.

II. Der Übergang einzelner Rechte und des gesamten Arbeitsverhältnisses

1. ÜBERGANG EINZELNER RECHTE AUS DEM ARBEITSVERHÄLTNIS

Allgemein durch Legalzession, gerichtliches Urteil (z.B. nach Art. 604 ZGB), Übertragung (z.B. nach Art. 164 OR), soweit nicht aufgrund seiner Natur, einer Vereinbarung oder einer gesetzlichen Vorschrift ausgeschlossen (Art. 325, 333 Abs. 4 OR bei personenbezogenen Rechten).

2. ÜBERGANG DES GESAMTEN ARBEITSVERHÄLTNISSES

a) Im Allgemeinen

Auswechslung einer Vertragspartei; beruht auf Rechtsgeschäft (z.B. Art. 263 OR) oder Gesetz (z.B. Art. 333 Abs. 1, 338a Abs. 1 OR).

b) Betriebsübernahme

Art. 333 Abs. 1-3 OR; liegt auch bei Übertragung zu Pacht / Nutzniessung vor. Gesetzliche Rechtsfolgen:

- Übergang des AV mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber (Art. 333 Abs. 1 OR); rechtsgeschäftlicher Tatbestand, gesetzlicher Übergang
- Weitergeltung der GAV (Art. 333 Abs. 1^{bis} OR)
- Solidarische Haftung des bisherigen AG und des Betriebserwerbers (Art. 333 Abs. 3 OR, einseitig zwingend) [BGE 123 III 466]
- Erstreckung des Kündigungsschutzes zugunsten der gewählten AN-Vertreter (Art. 336 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 lit. b OR)
- Informationspflicht (Art. 333a Abs. 1 OR); bei Verstoss: Art. 336 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 336a OR
- Konsultationspflicht (Art. 333 Abs. 2 OR), z.B. beabsichtigte Versetzungen, Entlassungen und Lohnkürzungen; AG muss seinen Entscheid begründen, soweit er den Vorschlägen der AN-Seite nicht folgt.

c) Erbgang

Art. 338a OR, bestätigt Art. 360 ZGB. Sinngemässe Anwendung von Art. 333 OR:

- Ablehnungsrecht des AN (Art. 333 Abs. 1 und 2 OR)
- Forderungen des AN bis zum Tod des AG: solidarische Haftung der Erben nach Art. 560 Abs. 2, 603 Abs. 1 ZGB und Art. 333 Abs. 3 OR.

III. Verzicht, Verjährung und Verwirkung

1. VERZICHT

Möglich, wenn kein besonderer Grund entgegensteht; Erlassvertrag nach Art. 115 OR. Verzichtsverbot in Art. 341 Abs. 1 OR will verhindern, dass AN aus Angst vor einem Stellenverlust zwingend entstandene Ansprüche nachträglich aufgibt. Präzisierungen:

- Erfasst auch andere zwingende Rechte des AN (z.B. Kündigungsrecht nach Art. 337a OR)
- Betrifft auch Rechte aus unabdingbaren Vorschriften von BO (Art. 39 Abs. 2 ArG)
- Ist auch auf die Anerkennung von (unbegründbaren) Pflichten durch AN anwendbar
- Betrifft nur den Verzicht auf Rechte und die Anerkennung von Pflichten aus dem AV
- Betrifft nicht den Verzicht auf Rechte im Rahmen eines Vergleichs [BGE 106 II 222].

Dem AG ist es grunds. unbenommen, auf seine Rechte gegen den AN zu verzichten. Keine bestimmte Form des Rechtsverzichts erforderlich; stillschweigender Verzicht aber mit grösster Zurückhaltung anzunehmen. Saldoklausel: Erklärung, keine Ansprüche gegen die andere Partei (mehr) zu haben; 3 Auslegungen:

- Reine Wissenserklärung mit bloss beweisrechtlicher Bedeutung
- Aufhebungsvertrag → Beendigung des gesamten AV
- Negative Schuldanererkennung: bestrittene oder ungewisse Forderung wird für den Fall ihres Bestehens erlassen → Verzicht nach Art. 341 Abs. 1 OR. [BGE 110 II 168]

2. VERJÄHRUNG

Art. 341 Abs. 2 → Art. 127 ff. OR. Art. 128 Ziff. 3 OR: nur Forderungen mit Lohncharakter. Forderungen ohne Lohncharakter verjähren in 10 Jahren (Art. 127 OR):

- Anspruch auf Auslagenersatz (Art. 327a OR)

- Ferienanspruch (Art. 329a OR)
- Zeugnisanspruch (Art. 330a OR)
- Anspruch auf Erfindervergütung (Art. 332 Abs. 4 OR)
- Anspruch auf Begründung der Kündigung (Art. 335 Abs. 2, 337 Abs. 1 OR; umstritten)
- Anspruch auf Strafzahlung (Art. 337c Abs. 3 OR)
- Vertragliche Schadenersatzansprüche (Art. 97, 321e OR)
- Grunds. alle sonstigen Ansprüche des AG aus dem AV.

Beginn und Ruhen des Verjährungslaufs: Art. 130 Abs. 1, 134 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

3. VERWIRKUNG

Beruh auf Art. 2 Abs. 2 ZGB (widersprüchliches Verhalten) [BGE 110 II 344]. Blosses Zuwarten innerhalb der Verjährungsfrist begründet aber keine Verwirkung [BGE 110 II 273].

IV. Vorbehalt und zivilrechtliche Wirkungen des öffentlichen Rechts

1. VORBEHALT DES ÖFFENTLICHEN RECHTS (ART. 342 ABS. 1 OR)

Lit. b: (jeweils mit zugehörigen VO) ArG, HARg, HRG, AVG, z.T. GIG,...

2. ZIVILRECHTLICHE WIRKUNGEN DES ÖFFENTLICHEN RECHTS

I.e.L. müssen die zuständigen Behörden die öff.-rechtlichen AR-Vorschriften vv.rechtlich überwachen und durchsetzen (z.B. Art. 51 Abs. 2, 52, 59 ff. ArG). Zivilrechtliche Wirkungen (auf AV zwischen AG und AN):

- Arbeitsvertraglicher Erfüllungsanspruch (Art. 342 Abs. 2 OR, beidseitig zwingend), z.B. Art. 16, 18 ArG
- Arbeitsvertraglicher Schadenersatzanspruch (Art. 97, 321e OR); vorbehalten bleiben Art. 41 ff. OR
- Leistungsverweigerungsrecht des AN, wenn AG eine öff.-rechtliche Verpflichtung nicht erfüllt
- Nichtigkeit des AV oder einzelner Abreden (Art. 20 OR).

V. Die Zivilrechtspflege

1. ALLGEMEINES

a) Gesetzgebungskompetenz

Grunds. Kantone (Art. 122 Abs. 2 BV); Prozessvorschriften in Art. 343 OR, Art. 25 GestG.

b) Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis

Art. 343 OR; dazu gehören auch Streitigkeiten:

- Aus c.i.c. hinsichtlich eines AV
- Aus einem faktischen AV
- Aus einem inzwischen beendeten AV
- Über das Vorliegen eines AV
- Aus einem besonderen AV (z.B. Handelsreisendenvertrag)
- Über einen Anspruch mit Ursprung in einem AV (z.B. Anspruch auf Lohnrückzahlung aus Art. 63 OR)
- Unter Beteiligung von Rechtsnachfolgern oder Dritten.

Nicht dazu gehören Streitigkeiten:

- Öff.-rechtlicher Natur (mit Ausnahme von Art. 342 Abs. 2 OR)
- Zwischen AG und AN, die nicht aus dem AV herrühren (z.B. aus Miete)
- Zwischen AN
- Zwischen Verbänden aus GAV.

c) Streitwertberechnung

Art. 342 Abs. 2 Halbs. 2 OR:

- Nach der eingeklagten Forderung zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit; bei Lohnforderungen: Bruttolohn massgebend; bei nichtvermögensrechtliche Forderungen: Schätzung des Streitwerts durch das Gericht aufgrund der Interessen der klagenden Partei (z.B. Ausstellung eines Arbeitszeugnisses = 1 Monatslohn)
- Ohne Rücksicht auf Widerklagebegehren [BGE 115 II 366].

2. GERICHTSSTAND

a) Streitigkeiten im innerstaatlichen Verhältnis

Art. 25 GestG. [BGE 114 II 353]

b) Streitigkeiten im internationalen Verhältnis

- Bei euointernationalen Sachverhalten: alternativ Art. 2 Abs. 1, 5 Ziff. 1 Halbs. 2 oder 3 LugÜ; Gerichtsstandsvereinbarung nur nach Art. 17 Ziff. 5 LugÜ
- Bei sonstigen internationalen Sachverhalten: Art. 115 IPRG; Gerichtsstandsvereinbarung: Art. 5 IPRG.

3. SACHLICHE ZUSTÄNDIGKEIT

a) Arbeitsgerichte

In etlichen Kantonen vorhanden; Spezialgerichte: Vorsitz eines Berufsrichters, im Übrigen paritätische Vertretung von AG- und AN-Seite.

b) Ordentliche Gerichte

Kommen zum Einsatz, wenn:

- Überhaupt kein AGer im betreffenden Kanton
- AGer nur in bestimmten Bezirken / Städten zuständig
- AGer nur bis zu einem bestimmten Streitwert zuständig
- Über Rechtsmittel zu entscheiden ist.

c) Schiedsgerichte

Art. 5 KSG, Art. 177 Abs. 1 IPRG.

4. EINFACHES UND RASCHES VERFAHREN

Bis zum Streitwert von Fr. 30'000.- (Art. 343 Abs. 2 Halbs. 1 OR). Mittel zur Verwirklichung: kurze Fristen, fehlende Gerichtsferien, Mündlichkeit, Wegfall des Sühneverfahrens, Beschränkung der Rechtsmittel (≠ summarisches Verfahren: Beschränkung der zugelassenen Beweismittel).

5. GERICHTSKOSTEN

Art. 343 Abs. 3 OR; gilt auch im Rechtsmittel-, nicht aber im reinen Vollstreckungsverfahren. Parteikosten werden nicht erfasst.

6. SACHVERHALTSFESTSTELLUNG

Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 OR). [BGE 107 II 233]

7. BEWEISWÜRDIGUNG

Nach freiem Ermessen (Art. 343 Abs. 4 OR).

8. AKTIVLEGITIMATION

Auch Angehörige (Art. 338 Abs. 2 OR) oder Verbände (z.B. Art. 7 GIG) [BGE 121 III 168].

9. PROZESSVERTRETUNG

Nach kant. Recht.

3. KAPITEL: DIE BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSSES**§ 11. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Allgemeinen***I. Die Beendigungsarten***1. PRINZIP DER BEENDIGUNG DES UNBEFRISTETEN ARBEITSVERHÄLTNISSSES**

Art. 335 Abs. 1 OR. Kündigungsrecht ≠ Kündigung:

- Kündigungsrecht: aufhebendes Gestaltungsrecht
- Kündigung: Handlung zur Ausübung des Kündigungsrechts (einseitiges Rechtsgeschäft mit Wirkung ex nunc; empfangsbedürftige Willenserklärung, ohne besondere Form, auch konkludent – Ausnahme Art. 77 Abs. 2 SSG). 2 Arten:
 - Ordentliche Kündigung, unter Einhaltung der vorgeschriebenen Fristen und Termine und bei Vorliegen bestimmter Kündigungsgründe
 - Ausserordentliche Kündigung: fristlos, nur aus wichtigem Grund zulässig.

2. PRINZIP DER BEENDIGUNG DES BEFRISTETEN ARBEITSVERHÄLTNISSSES

I.d.R. durch Fristablauf (Art. 334 Abs. 1 OR). Befristung kann gesetzlich vorgeschrieben sein (Art. 354 OR). Ist ungewiss, ob sich die Befristung verwirklichen wird → resolutiv bedingtes AV (z.B. AN ist Ersatz eines erkrankten AN), wie befristetes AV zu behandeln.

Befristung muss auf sachlichem Grund beruhen, sonst besteht Gefahr einer zweckwidrigen Verwendung → Befristung unbeachtlich → als unbefristetes AV zu behandeln.

Kündigung während der Laufzeit grunds. ausgeschlossen bzw. hat stark beschränkte Bedeutung:

- Art. 334 Abs. 2 OR: nach Umwandlung kann ordentlich gekündigt werden
- Art. 334 Abs. 3 OR: Anwendungsfall von Art. 27 ZGB
- Während der Probezeit: Art. 335b OR analog anwendbar [BGE 109 II 449]
- Bei Vereinbarung einer Maximalfrist: ordentliche Kündigung schon vor Ablauf möglich
- Bei Vereinbarung einer Minimalfrist: ordentliche Kündigung erst nach Ablauf möglich (rechtstechnisch liegt ein unbefristetes AV unter Kündigungsausschluss während einer bestimmten Zeit vor)
- Bei wichtigen Gründen kann ausserordentlich gekündigt werden (Art. 337 ff. OR).

3. SONSTIGE BEENDIGUNGSARTEN

- Aufhebungsvertrag: auch konkludent möglich, unter Einhaltung von Art. 341 Abs. 1 OR
- Tod des AN (Art. 338 Abs. 1 OR)
- Tod des AG: wenn AV wesentlich mit Rücksicht auf die Person des AG eingegangen wurde (Art. 338a Abs. 2 Halbs. 1 OR) und Fortsetzung nicht im AV vorgesehen.

II. Die Beendigungsfolgen

1. FÄLLIGKEIT ALLER FORDERUNGEN

Art. 339 Abs. 1 OR, beidseitig zwingend; Verjährungsfristen beginnen zu laufen (Art. 130 Abs. 1 OR). Ausnahmen in Art. 339 Abs. 2 und 3 OR.

2. GEGENSEITIGE RÜCKGABEPFLICHTEN

Art. 339a Abs. 1 OR, unter Vorbehalt von Abs. 3 (Retentionsrecht).

3. ABGANGSENTSCHÄDIGUNG

Art. 339b-c OR; heute kaum praktische Bedeutung (auch aufgrund Art. 339d OR). Regeln:

- Voraussetzungen: Art. 339b Abs. 1 OR [BGE 112 II 51]
- Anspruchsberechtigte: Art. 339b Abs. 2 OR; Kumulierung mit Art. 338 Abs. 2 OR möglich
- Fälligkeit: Art. 339c Abs. 4 OR
- Höhe: Art. 339c Abs. 1-3 OR [BGE 115 II 30].

4. NACHWIRKENDES KONKURRENZVERBOT

a) Voraussetzungen und Rechtsfolgen

Vereinbarung, unter folgenden Voraussetzungen gültig (Art. 340 OR):

- Schriftliche Abrede (Abs. 1): einfache Schriftlichkeit nach Art. 12 ff. OR
- Einblick des AN in Kundenkreis, Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse des AG (Abs. 2)
- Erhebliche Schädigungsgefahr für den AG (Abs. 2); adäquater KZ erforderlich.

b) Beschränkungen

Art. 340a Abs. 1 OR; Rechtsfolge bei übermässigem Verbot: Abs. 2.

c) Ansprüche bei Verletzung des Konkurrenzverbotes

- Unterlassungsanspruch (Art. 340b Abs. 3 OR): bei besonderer schriftlicher Abrede, bedrohten Interessen des AG und „entsprechendem“ Verhalten des AN
- Konventionalstrafe (Art. 340b Abs. 2 OR): nach Art. 160-163 OR (Art. 160 Abs. 3 OR aber nicht anwendbar) [BGE 109 II 120]
- Schadenersatzanspruch (Art. 340b Abs. 1-3 OR).

d) Wegfall

Art. 340c OR. Abs. 2: „Verschulden“ des AG [BGE 110 II 172]. Dadurch entfällt auch die allfällig vereinbarte Gegenleistungspflicht des AG (nicht automatisch, sondern durch Kündigung der Entschädigung innert Frist).

§ 12. Die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses

I. Begriff, Wirksamkeit und Zulässigkeit

1. BEGRIFF

Siehe oben § 11. Entfristete Kündigung (Herabsetzung der Kündigungsfrist bis auf Null): Art. 335b Abs. 2 OR (Probezeit), Art. 335c Abs. 2 Halbs. 2 OR (erstes Dienstjahr).

2. WIRKSAMKEIT

Nur bei rechtsgültiger Beendigung des AV unter Einhaltung allfälliger Fristen und Termine.

3. ZULÄSSIGKEIT

Grunds. keine Kündigungsgründe erforderlich; Kündigung darf aber nicht missbräuchlich sein (Art. 336 OR), sonst wird eine Entschädigungspflicht ausgelöst (Art. 336a OR).

II. Die Begründungspflicht

Schriftlich, wenn die andere Partei dies verlangt (Art. 335 Abs. 2 OR). Zweck: Erleichterung der Prüfung eines Missbrauchstatbestandes; nur beschränkt, denn:

- Auch bei Verletzung der Begründungspflicht bleibt die Kündigung wirksam
- Allein wegen Verletzung der Begründungspflicht → Kündigung nicht missbräuchlich [BGE 121 III 60].

Mögliche Sanktionen:

- Erfüllungsanspruch, vollstreckbar mit Hilfe von Art. 292 StGB
- Verlängerung der Einsprachefrist (Art. 336b Abs. 1 OR)
- Einbezug in die Beweiswürdigung, ob ein Missbrauchstatbestand aus anderem Grund vorliegt
- Auferlegung von Prozesskosten über den an sich geschuldeten Teil hinaus.

III. Kündigungsfristen und -termine

1. ALLGEMEINES

Zweck der Fristen: Zeit, um sich auf die Beendigung des AV einzustellen (Suche neuer Stelle / AN). Stets als Minimalfristen zu betrachten. Zweck der Termine: Erleichterung des Stellenwechsels durch eine gewisse Koordination der Beendigungszeitpunkte. Regeln für die Berechnung von Fristen und Terminen:

- Fristenlauf beginnt mit dem Zugang (= im Machtbereich des Empfängers und vermutlich durch ihn wahr-

genommen) der Kündigung, Tag des Zugangs nicht mitzuzählen

- Kündigungstermin auf Samstag, Sonntag oder Feiertag → keine Verlängerung, da keine Handlung zwecks Fristwahrung vorzunehmen ist (≠ Art. 78 Abs. 1 OR)
- Kündigungsfrist auf Samstag, Sonntag oder Feiertag → ebenfalls keine Verlängerung
- Kündigungsfrist kann auch während Ferien des AN laufen (Lücke im zeitlichen Kündigungsschutz)
- Kündigung vor Stellenantritt → Frist beginnt am Tag des vorgesehenen Stellenantritts.

2. GESETZLICHE FRISTEN UND TERMINE

Fristen: Art. 334 Abs. 3, 335b Abs. 1, 335c Abs. 1 OR, Art. 19 Abs. 4 AVG, Art. 77 Abs. 2 SSG. Massgebendes Dienstjahr: nach Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung. Termin: grunds. Ende eines Monats.

3. VERTRAGLICHE FRISTEN UND TERMINE

Möglich, unter Beachtung folgender Einschränkungen:

- Durch schriftliche Abrede, NAV oder GAV (Art. 335b Abs. 2, 335c Abs. 2 OR)
- Art. 335c Abs. 2 Halbs. 2 OR: nur durch GAV und nur fürs erste Dienstjahr
- Art. 334 Abs. 3 OR beidseitig zwingend (Art. 361 OR)
- Kündigungsparität: gleiche Kündigungsfrist für AG und AN (allenfalls gilt die längere Frist, Art. 335a Abs. 1 OR); Verstoss auch bei bedingt zulässiger Kündigung. [BGE 108 II 115]

IV. Die missbräuchliche Kündigung

1. VORAUSSETZUNGEN

a) Vorliegen einer ordentlichen Kündigung

D.h. kein sachlicher Kündigungsschutz bei:

- Nichtigkeit oder Aufhebung des AV ex tunc (Art. 11, 20 ff. OR)
- Aufhebung des AV ex nunc nach Art. 320 Abs. 3 OR
- Beendigung des befristeten AV durch Fristablauf (Art. 334 Abs. 1 OR)
- Beendigung des AV durch Aufhebungsvertrag (ausser bei Gesetzesumgehung)
- Beendigung des AV durch Tod einer Vertragspartei
- Ausserordentlicher Kündigung (Art. 337 ff. OR).

b) Vorliegen eines Missbrauchstatbestandes

Art. 336 OR: von AG und AN erfüllbare Tatbestände (Abs. 1 lit. a-e):

- lit. a: AG muss zunächst die zumutbaren Massnahmen zur Behebung der Störung treffen
- lit. b: gesetzliche Drittwirkung der Grundrechte
- lit. c: Entstehung des Anspruchs muss unmittelbar bevorstehen; entgegen dem klaren Wortlaut: Vereitelungszweck muss nicht der einzige Kündigungsgrund darstellen
- lit. d: Rache Kündigung [BGE 123 III 246]
- lit. e: Parallele zu Art. 335b Abs. 3 OR.

Nur vom AG erfüllbare Tatbestände (Abs. 2 lit. a-c):

- lit. a: privatrechtlicher Schutz der Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV)
- lit. b: vgl. auch Abs. 3 [BGE 119 II 157]
- lit. c: Massenentlassung ohne Konsultation.

Art. 336 OR nicht abschliessend → Rückgriff auf Art. 2 Abs. 2 ZGB, z.B. Teilnahme an einem rechtmässigen Streik [BGE 125 III 277]; sachlicher Kündigungsschutz kann bei Abs. 2 vertraglich erweitert werden (Art. 362 OR): Kündigung durch AG nur aus bestimmten Gründen.

2. RECHTSFOLGEN

a) Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Auch bei Missbräuchlichkeit tritt die Wirkung der Auflösung des AV ein (kein Bestandsschutz).

b) Anspruch auf Entschädigung

Art. 336a Abs. 1 OR: Strafzahlung mit Präventivwirkung (Privatbusse); hat ergänzend auch Genugtuungsfunktion. Festsetzung: Abs. 2 Satz 1 [BGE 123 III 391]. Verfahren: Art. 336b OR (bei Nichteinhaltung → Verwirkung).

c) Anspruch auf Schadenersatz

Aus einem anderen Rechtstitel (Art. 336a Abs. 2 Satz 2 OR).

V. Die Kündigung zur Unzeit

1. VORAUSSETZUNGEN

a) Vorliegen einer ordentlichen Kündigung

Wie oben IV.1.a) [BGE 118 II 58].

b) Ablauf der Probezeit

Art. 336c Abs. 1, 336d Abs. 1 OR. Entscheidender Zeitpunkt: Zugang der Kündigung.

c) Vorliegen eines Tatbestandes der Unzeit

Art. 336c Abs. 1, 336d Abs. 1 OR. Bei Art. 336c Abs. 1 OR:

- lit. b: jede neue Krankheit / Unfall löst eine neue Sperrfrist aus [BGE 120 II 124]
- lit. c: Schutz auch während einer ganzen oder teilweisen Betriebsschliessung [BGE 124 III 346].

2. RECHTSFOLGEN**a) Nichtigkeit der Kündigung**

Art. 336c Abs. 2 Halbs. 1, 336d Abs. 2 OR: kündigende Partei muss nach Sperrfrist nochmals kündigen [BGE 113 II 259]: vorübergehendes, echtes Bestandsschutz fürs AV.

b) Ruhen der Kündigungsfrist

Art. 336c Abs. 2 Halbs. 2 und Abs. 3, 336d Abs. 2 OR [BGE 121 III 107, 124 III 474, 115 V 437].

c) Lohnzahlung?

Nach den allg. Regeln, insbes. Art. 324a OR.

VI. Die Kündigung unter Verstoss gegen das Gleichstellungsgebot**1. DISKRIMINIERENDE KÜNDIGUNG****a) Voraussetzungen**

Art. 3 Abs. 2 GIG:

- Direkt diskriminierende Entlassungen: Frauen werden entlassen, ohne dass auch den Männern in gleicher Weise gekündigt wird
- Indirekt diskriminierende Entlassungen: z.B. Massenentlassungen nach herkömmlicher Aufgabenteilung zwischen den Geschlechtern → systematische Benachteiligung eines Geschlechts.

b) Rechtsfolgen

Entschädigung mit Strafzahlungscharakter (Art. 5 Abs. 1 und 2 GIG). Ähnlich zu Art. 336b OR.

2. KÜNDIGUNG NACH EINER BESCHWERDE ÜBER EINE GESCHLECHTSSPEZIFISCHE BENACHTEILIGUNG**a) Voraussetzungen**

Art. 10 GIG.

b) Rechtsfolgen

Gerichtliche Aufhebung der Kündigung, Entschädigung, provisorische Wiedereinstellung (Art. 10 GIG).

VII. Die Massenentlassung**1. VORAUSSETZUNGEN**

Art. 335d-e OR:

- Kündigungen durch AG, ausser bei Art. 335e Abs. 2 OR
- Mindestzahl entlassener AN: Art. 335d Ziff. 1-3 OR
- Zeitlicher und räumlicher Bezugsrahmen: 30 Tagen, bestimmter Betrieb (Art. 335d OR)
- Nicht personenbezogene Kündigungsgründe (Art. 335d OR).

2. RECHTSFOLGEN**a) Informationspflicht**

Art. 335f Abs. 3 lit. a-d OR; Auskunftspflicht z.B. über verfügbare Mittel für einen Sozialplan, vorzeitige Pensionierungen... Informationen sind vor der Konsultation zu erteilen (→ Ausübung des Konsultationsrechts).

b) Konsultationspflicht

Art. 335f Abs. 1 OR: Mitspracherecht (inhaltlich: Abs. 2). AG kann den AN eine angemessene Frist zur Stellungnahme ansetzen [BGE 123 III 176].

c) Pflicht zur Einschaltung des kantonalen Arbeitsamtes

Art. 335g Abs. 1-2 OR: etwa Anzahl zu entlassender AN, Kündigungsgründe. Kantonales Arbeitsamt sucht nach Lösungen (Abs. 3).

d) Beendigung der Arbeitsverhältnisse

Art. 335g Abs. 4 OR.

§ 13. Die ausserordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses***I. Begriff, Wirksamkeit und Zulässigkeit*****1. BEGRIFF**

Willenserklärung, das AV unter Nichteinhaltung der Fristen und Termine bzw. vor Ablauf der Vertragsdauer einseitig zu beenden. Nicht gleich zur fristlosen Kündigung (Art. 337 OR, beidseitig zwingend):

- Bei Vorliegen der Voraussetzungen der ausserordentlichen Kündigung darf die Partei, muss aber nicht fristlos kündigen
- Art. 335b Abs. 2 OR: bei Herabsetzung bis auf Null → fristlose, aber nicht ausserordentliche Kündigung.

2. WIRKSAMKEIT

Nur bei rechtsgültiger Beendigung des AV: Zugang, unzweideutiger Wille, vorbehaltlos. Auch vor Stellenantritt oder während Sperrfrist (Art. 336c-d OR, Art. 10 GIG).

3. ZULÄSSIGKEIT

Nur bei rechtfertigendem wichtigem Grund; sonst: Entschädigungsansprüche (Art. 337c-d OR).

II. Die Begründungspflicht

Schriftlich auf Verlangen der anderen Partei (Art. 337 Abs. 1 Halbs. 2 OR). Zweck: Erleichterung der Prüfung des Vorliegens eines wichtigen Grundes; nur beschränkt, denn:

- Auch bei Verletzung der Begründungspflicht bleibt die Kündigung wirksam
- Allein wegen Verletzung der Begründungspflicht → Kündigung nicht ungerechtfertigt (Art. 337c-d OR).

Mögliche Sanktionen:

- Erfüllungsanspruch, vollstreckbar mit Hilfe von Art. 292 StGB
- Einbezug in die Beweiswürdigung, ob ein Missbrauchstatbestand aus anderem Grund vorliegt
- Auferlegung von Prozesskosten über den an sich geschuldeten Teil hinaus.

III. Der wichtige Grund**1. ALLGEMEINES**

Liegt er vor → gerechtfertigte Kündigung. Im Allg. Art. 337 Abs. 2 OR: obj. und subj. geeigneter und erforderlicher Grund (ultima ratio). Soweit das Gesetz den wichtigen Grund nicht konkretisiert, entscheidet der Richter (Art. 337 Abs. 3 OR, Art. 4 ZGB) unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles. Kriterien sind etwa Existenz und Schwere des Verschuldens, Länge der Kündigungsfrist bzw. der Vertragsdauer, bisherige Dauer und Verlauf des AV, Intensität des Vertrauensverhältnisses, vorangegangene Provokationen und Verwarnungen...

2. GESETZLICHE KONKRETISIERUNGEN

- Art. 337 Abs. 3 OR: unverschuldete Verhinderung des AN ist kein wichtiger Grund
- Art. 337a OR: Lohngefährdung als wichtiger Grund
- Art. 346 Abs. 2 OR, Art. 77 Abs. 3 SSG.

3. KONKRETISIERUNGEN IN LEHRE UND RECHTSPRECHUNG**a) Übersicht**

I.d.R. führt eine gravierende schuldhaftige Vertragsverletzung zum Vorliegen eines wichtigen Grundes; bei weniger schwerer Vertragsverletzung: zunächst Verwarnung und anschliessende Zuwiderhandlung. Bei Nichtvorliegen einer Vertragsverletzung: Betriebs- und Wirtschaftsrisiko des AG rechtfertigen eine ausserordentliche Kündigung nicht; bei Drohungen durch Kunden oder AN: (wie stets) Interessenabwägung im Einzelfall [BGE 116 II 142].

b) Verletzung der Arbeitspflicht

Vorsätzliches längeres (> 2 Tage) Fernbleiben von der Arbeit ohne zureichenden Grund, grobfahrlässig mangelhafte Arbeitsleistung. [BGE 108 II 444]

c) Verletzung der Lohnzahlungspflicht

Art. 337a OR. Lohnzahlungsrückstand: nach Art. 337 OR und erst nach erfolgloser Verwarnung.

d) Verletzung der Treuepflicht

Namentlich erfüllt bei:

- Strafbaren Handlungen gegen AG und seinen Kreis
- Erheblicher Störung des Betriebsfriedens
- Annehmen oder Verlangen von Schmiergeldern [BGE 124 III 25]
- Schwerwiegender Beeinträchtigung des Ansehens des Unternehmens
- Abwerbung von anderen AN oder Kunden
- Fälschung von Arbeitsrapporten und Spesenabrechnungen [BGE 116 II 145]
- Schwarzarbeit
- Geheimnisverrat.

e) Verletzung der Fürsorgepflicht

Namentlich erfüllt bei:

- Strafbaren Handlungen (oder Anstiftung dazu) gegen AN und seinen Kreis
- Exzessiver Überwachung / Bespitzelung des AN
- Schwerwiegender Blossstellen des AN vor Mitarbeitern.

4. GELTENDMACHUNG

- Nach Kenntnisnahme des wichtigen Grundes: Kündigung i.d.R. innert 3 Werktagen auszusprechen; sonst: Zumutbarkeit der Fortdauer des AV vermutet
- Bildet der wichtige Grund zugleich ein Willensmangel → alternativ Kündigung oder Vertragsanfechtung

- Nachscheinen von Kündigungsgründen: Grund von Kündigung eingetreten, aber erst später entdeckt [BGE 121 III 467]
- Kündigung auch bei unvollständiger Begründung gültig (vgl. aber Sanktionen)
- Wer im Anschluss an eine ausserordentliche Kündigung Ansprüche geltend macht, hat grunds. deren Voraussetzungen nachzuweisen (Art. 8 ZGB)
- Würde der anderen Partei eine mildere Folge für ein bestimmtes Verhalten angedroht → kein Anlass für ausserordentliche Kündigung [BGE 108 II 301]
- Erfolgte ordentliche Kündigung → ausserordentliche Kündigung aus demselben Umstand nicht mehr zulässig [BGE 123 III 86].

IV. Die gerechtfertigte ausserordentliche Kündigung

1. KÜNDIGUNG WEGEN VERTRAGSWIDRIGEN VERHALTENS DER GEGENPARTEI

a) Tatbestand

Art. 337b Abs. 1 OR (beidseitig zwingend):

- Vertragswidriges Verhalten muss von der Gegenpartei des Kündigenden ausgehen
- Vertragswidriges Verhalten muss verschuldet sein (d.h. keine Kausalhaftung)
- Kein Verschulden des Kündigenden (sonst: Art. 337b Abs. 2 OR).

b) Rechtsfolgen

- Auflösung des AV
- Schadenersatzanspruch des Kündigenden auf das Erfüllungsinteresse (d.h. wie wenn ordentlich gekündigt worden wäre / Vertragsdauer abgelaufen wäre) [BGE 123 III 257]
- Entschädigung: Keine Strafzahlung wie in Abs. 3.

2. KÜNDIGUNG WEGEN SONSTIGER GRÜNDE

a) Tatbestand

Art. 337b Abs. 2 OR (beidseitig zwingend, obwohl nicht in Art. 361 OR aufgeführt):

- Mitverschulden des Kündigenden (und trotzdem Unzumutbarkeit der Fortdauer des AV)
- Fälle, in denen keine Partei ein Verschulden trifft.

b) Rechtsfolgen

- Auflösung des AV
- Vermögensrechtliche Folgen nach gerichtlichem Ermessen (Schadensaufteilung unter die Parteien).

V. Die ungerechtfertigte ausserordentliche Kündigung

1. UNGERECHTFERTIGTE KÜNDIGUNG

a) Tatbestand

Art. 337c OR: AG entlässt fristlos den AN ohne wichtigen Grund.

b) Rechtsfolgen

- Auflösung des AV
- Schadenersatzanspruch (Abs. 1), anstelle des dahinfallenden Lohnanspruchs und unter Anrechnung der Ersparnisse und des Gewinns bei anderweitiger Arbeit (Abs. 2; einseitig zwingend, obwohl nicht in Art. 362 OR aufgeführt), sowie Anspruch auf Ersatz sonstigen Schadens (z.B. Reise- und Umzugskosten) [BGE 117 II 270]
- Entschädigung (Abs. 3 Halbs. 1): Strafzahlung, max. 6 Monate Lohn (Halbs. 2), hat auch Genugtuungsfunktion; alternative Konkurrenz zu Art. 336a OR, Art. 5 Abs. 2, 10 Abs. 4 GIG [BGE 121 III 64].

2. UNGERECHTFERTIGTES NICHTANTRETEN ODER VERLASSEN DER ARBEITSSTELLE

a) Tatbestand

Art. 337d OR (beidseitig zwingend): verschuldete Kündigung durch AN.

b) Rechtsfolgen

- Auflösung des AV
- Pauschalentschädigung nach gerichtlichem Ermessen
- Ersatz weiteren Schadens.

4. KAPITEL: BESONDERE ARBEITSVERHÄLTNISSE

§ 14. Arbeitsverhältnisse mit besonderem Zweck

I. Der Lehrvertrag

Art. 344 ff. OR und öff. Recht, z.B. Berufsbildungsgesetz (BBG); ergänzend Art. 319 ff. OR (Art. 355 OR).

II. Sonstige Arbeitsverträge mit Ausbildungszweck

Anlehre, Praktikum, Umschulung.

§ 15. Arbeitsverhältnisse mit besonderem Arbeitsort

I. Der Handelsreisendenvertrag

Art. 347 ff. OR, ergänzend Art. 319 ff. OR (Art. 355 OR).

II. Der Heimarbeitsvertrag

Art. 351 ff. OR, ergänzend Art. 319 ff. OR (Art. 355 OR) und Heimarbeitsgesetz (HArG).

III. Der Heuervertrag

Art. 68-81 Seeschiffahrtsgesetz (SSG).

§ 16. Arbeitsverhältnisse mit besonderer Arbeitszeit

I. Allgemeines

Zweck: Erreichen einer flexiblen Verteilung oder sogar eines variablen Umfangs der Arbeitszeit.

II. Die Teilzeitarbeit

Gegenüber der betriebsüblichen reduzierte Arbeitszeit:

- Regelmässige Arbeitszeit: z.B. 70% der vollen wöchentlichen Arbeitszeit
- Unregelmässige Arbeitszeit: z.B. 1 Woche mit 14 Stunden, nächste Woche mit 21 Stunden,...

III. Das Job Sharing

1 Stelle mit mehreren AN, Aufteilung der Arbeitszeit wird ihnen überlassen. Daraus folgt:

- Aussenverhältnis beteiligte AN – AG: Gruppen-AV; Innenverhältnis der AN: Eigen- oder Betriebsgruppe
- Beteiligte AN verrichten notwendigerweise Teilzeitarbeit
- AG verzichtet auf Weisungsrecht bezüglich Aufteilung der Arbeitszeit.

IV. Die Arbeit auf Abruf

- I.w.S.: Einzelne Arbeitseinsätze des AN auf Veranlassung des AG hin
- I.e.S.: AN verpflichtet, dem Abruf des AG zu folgen; wichtigste Form: Arbeit mit kapazitätsorientierter variabler Arbeitszeit (KAPOVAZ) [BGE 125 III 65]:
 - Schwankungen beim Arbeitsumfang und entsprechend beim Lohn
 - Bereitschaftsdienst: AN muss sich für einen Einsatz zur Verfügung halten
 - Im Vergleich zu den eigentlichen Arbeitseinsätzen geringere Entschädigung des Bereitschaftsdienstes [BGE 124 III 249].

§ 17. Arbeitsverhältnisse mit mehreren Beteiligten

I. Das gestufte Arbeitsverhältnis

AN zieht zur Erfüllung seiner AV-Pflichten eine Hilfsperson bei (wird deren AG).

II. Das Gruppenarbeitsverhältnis

- Eigengruppe: Verbindung mehrerer AN aus eigenem Entschluss mit dem Zweck (→ einfache Gesellschaft), einem AG eine gemeinsame Dienstleistung zu erbringen [BGE 112 II 41]
- Betriebsgruppe: Verbindung mehrerer AN auf Anordnung des AG (→ keine einfache Gesellschaft), z.B. im Zusammenhang mit Akkordarbeit.

III. Der Personalverleih

Art. 12 ff. AVG, grunds. bewilligungspflichtig.